CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL VERICA TRSTENJAK apresentadas em 10 de Julho de 2007 [1]

I — Introdução

1. O Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (a seguir «Reino Unido») interpôs recurso de anulação, nos termos do artigo 230.º CE, do Regulamento (CE) n.º 2252/2004 do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que estabelece normas para os dispositivos de segurança e dados biométricos dos passaportes e documentos de viagem emitidos pelos Estados-Membros (a seguir «Regulamento n.º 2252/2004») [2].

2. O presente processo está a decorrer paralelamente com o processo C-77/05, no qual o Reino Unido interpôs um recurso de anulação semelhante do Regulamento (CE) n.º 2007/2004 do Conselho, de 26 de Outubro de 2004, que cria uma Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia (a seguir «Regulamento n.º 2007/2004») [3]. O Tribunal de Justiça não apensou os dois processos, mas trata-os como processos relativos ao mesmo assunto. Em ambos os casos, foi realizada uma audiência em 13 de Março de 2007.

3. Nos dois processos o Tribunal de Justiça é convidado a pronunciar-se, desde logo, sobre o Protocolo que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia, que é um dos protocolos anexos ao Tratado UE e ao Tratado CE. Para além desta questão, suscita-se a problemática mais geral do alcance do regime da cooperação reforçada no interior da estrutura da União Europeia.

II — Quadro jurídico

A — *Tratado que institui a Comunidade Europeia*

4. Os artigos 61.º CE a 69.º CE, que pertencem ao título IV da parte III do

1 — Língua original: esloveno.
2 — JO L 385, p. 1.
3 — JO L 349, p. 1.

Tratado CE, têm como epígrafe «Vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas.»

5. O artigo 62.º CE dispõe: «O Conselho, deliberando nos termos do artigo 67.º, adoptará, no prazo de cinco anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amesterdão:

[...]

2. Medidas relativas à passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros, que conterão:

a) As normas e processos a seguir pelos Estados-Membros para a realização dos controlos de pessoas nessas fronteiras.»

6. O artigo 69.º CE prevê o seguinte: «O presente título é aplicável sob reserva do disposto no Protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda e no Protocolo relativo à posição da Dinamarca e sem prejuízo do Protocolo relativo à aplicação de certos aspectos do artigo 14.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia ao Reino Unido e à Irlanda.»

7. O artigo 311.º CE refere: «Os protocolos que, de comum acordo entre os Estados-Membros, forem anexados ao presente Tratado, fazem dele parte integrante.»

B — *Protocolo que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia*

8. O Protocolo (n.º 2) que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia (a seguir «protocolo de Schengen») é um dos protocolos anexos aos Tratados UE e CE e foi integrado no direito primário pelo Tratado de Amesterdão.

9. Por força do artigo 1.º do protocolo de Schengen, o Reino da Bélgica, o Reino da Dinamarca, a República Federal da Alemanha, a República Helénica, o Reino de Espanha, a República Francesa, a República Italiana, o Grão-Ducado do Luxemburgo, o Reino dos Países Baixos, a República da Áustria, a República Portuguesa, a República da Finlândia e o Reino da Suécia, signatários dos acordos de Schengen, ficam autorizados

a instaurar entre si uma cooperação reforçada nos domínios abrangidos por esses acordos e disposições conexas, enumerados no anexo do protocolo (a seguir «acervo de Schengen»). Tal cooperação realizar-se-á no quadro institucional e jurídico da União Europeia e na observância das disposições pertinentes do Tratado da União Europeia e do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

10. O n.º 1 do artigo 2.º do protocolo de Schengen prevê o seguinte: «A partir da data de entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, o acervo de Schengen, incluindo as decisões do Comité Executivo criado pelos acordos de Schengen que tenham sido adoptadas antes dessa data, serão imediatamente aplicáveis aos treze Estados-Membros a que se refere o artigo 1.º, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do presente artigo. A partir da mesma data, o Conselho substituir-se-á ao citado Comité Executivo.»

11. O artigo 3.º do protocolo de Schengen prevê o seguinte: «Na sequência da determinação a que se refere o n.º 1, segundo parágrafo, do artigo 2.º, a Dinamarca conservará os mesmos direitos e obrigações em relação aos outros signatários dos Acordos de Schengen que antes da referida determinação, relativamente às partes do acervo de Schengen que se considere terem uma base jurídica no título IV do Tratado que institui a Comunidade Europeia.»

12. O artigo 4.º do protocolo de Schengen refere:

«A Irlanda e o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, que não se encontram vinculados pelo acervo de Schengen, podem, a todo o tempo, requerer a possibilidade de aplicar, no todo ou em parte, as disposições desse acervo.

O Conselho deliberará sobre esse pedido por unanimidade dos membros a que se refere o artigo 1.º e do representante do governo do Estado interessado.»

13. O artigo 5.º do protocolo de Schengen dispõe:

«1. As propostas e iniciativas baseadas no acervo de Schengen regem-se pelas disposições pertinentes dos Tratados.

Neste contexto, caso a Irlanda ou o Reino Unido, ou ambos, não tenham, num prazo razoável, notificado por escrito o Presidente do Conselho de que desejam participar, considerar-se-á que a autorização prevista no artigo 11.º do Tratado que institui a

Comunidade Europeia e no artigo 40.º do Tratado da União Europeia foi concedida aos Estados-Membros a que se refere o artigo 1.º e à Irlanda ou ao Reino Unido, se qualquer destes Estados desejar tomar parte nas áreas de cooperação em causa.

2. As disposições pertinentes dos Tratados a que se refere o primeiro parágrafo do n.º 1 serão aplicáveis ainda que o Conselho não tenha adoptado as medidas a que se refere o n.º 1, segundo parágrafo, do artigo 2.º»

14. O artigo 6.º do protocolo de Schengen enuncia: «A República da Islândia e o Reino da Noruega serão associados à execução do acervo de Schengen e ao seu posterior desenvolvimento com base no acordo assinado no Luxemburgo em 19 de Dezembro de 1996 [...]»

15. O artigo 8.º deste protocolo determina que, para efeitos das negociações de adesão de novos Estados-Membros à União Europeia, o acervo de Schengen e as demais medidas adoptadas pelas instituições no seu âmbito de aplicação devem entender-se como sendo um acervo que deve ser aceite na totalidade por todos os Estados candidatos à adesão.

16. O acervo de Schengen é definido no anexo do protocolo de Schengen. Segundo este anexo, o acervo abrange o Acordo, assinado em Schengen em 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa, relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns; a Convenção, assinada em Schengen em 19 de Junho de 1990, entre o Reino da Bélgica, a República Federal da Alemanha, a República Francesa, o Grão-Ducado do Luxemburgo e o Reino dos Países Baixos, respeitante à aplicação do Acordo relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinado em Schengen em 14 de Junho de 1985, bem como a respectiva Acta Final e declarações comuns; os Protocolos e Acordos de Adesão ao Acordo de 1985 e à Convenção de aplicação de 1990 celebrados com a Itália, a Espanha e Portugal, a Grécia, a Áustria e a Dinamarca, a Finlândia e a Suécia, bem como as respectivas Actas Finais e declarações; e, finalmente, as decisões e declarações adoptadas pelo Comité Executivo instituído pela Convenção de aplicação de 1990, bem como os actos adoptados para efeitos de aplicação da Convenção pelas instâncias às quais o Comité Executivo conferiu poderes de decisão.

C — Protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda

17. O Protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda (a seguir «protocolo

relativo ao título IV»), também anexo ao Tratado CE e ao Tratado UE, regula a cooperação destes dois Estados no caso de serem apresentadas propostas no domínio abrangido pelo âmbito de aplicação do título IV do Tratado CE.

18. Segundo o artigo 1.º deste protocolo: «Sob reserva do artigo 3.º, o Reino Unido e a Irlanda não participarão na adopção pelo Conselho das medidas propostas em aplicação do título IV do Tratado que institui a Comunidade Europeia [...]»

19. O artigo 2.º do protocolo relativo ao título IV refere:

«Por força do artigo 1.º, e sob reserva dos artigos 3.º, 4.º e 6.º, nenhuma disposição do título IV do Tratado que institui a Comunidade Europeia, medida adoptada em aplicação desse título, disposição de acordo internacional celebrado pela Comunidade em aplicação do mesmo título, ou decisão do Tribunal de Justiça que interprete essas disposições ou medidas vinculará o Reino Unido ou a Irlanda, nem lhes será aplicável; nenhuma dessas disposições, medidas ou decisões afectará de modo algum as competências, direitos e obrigações desses Estados; nenhuma dessas disposições, medidas ou decisões afectará de modo algum o acervo comunitário, nem fará parte integrante do direito comunitário, tal como aplicáveis ao Reino Unido ou à Irlanda.»

20. O artigo 3.º do protocolo relativo ao título IV refere:

«1. O Reino Unido ou a Irlanda podem notificar por escrito o Presidente do Conselho, no prazo de três meses a contar da apresentação ao Conselho de uma proposta ou iniciativa ao abrigo do título IV do Tratado que institui a Comunidade Europeia, de que desejam participar na adopção e na aplicação da medida proposta, ficando assim esse Estado habilitado a fazê-lo [...].

2. Se, decorrido um prazo razoável, não tiver sido possível adoptar uma medida a que se refere o n.º 1 com a participação do Reino Unido ou da Irlanda, o Conselho pode adoptar essa medida nos termos do artigo 1.º, sem a participação do Reino Unido ou da Irlanda. Nesse caso, é aplicável o disposto no artigo 2.º»

21. O artigo 4.º do protocolo relativo ao título IV dispõe:

«O Reino Unido ou a Irlanda podem, a todo o tempo, após a adopção pelo Conselho de uma medida em aplicação do título IV do Tratado que institui a Comunidade Europeia, notificar o Conselho e a Comissão da sua

intenção de aceitar essa medida. Nesse caso, é aplicável, com as necessárias adaptações, o n.º 3 do artigo 11.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia.»

22. O artigo 7.º do protocolo relativo ao título IV determina que o disposto nos artigos 3.º e 4.º não prejudica o Protocolo que integra o acervo de Schengen no quadro da União Europeia.

D — *Protocolo relativo à posição da Dinamarca*

23. O artigo 5.º do Protocolo relativo à posição da Dinamarca, também anexo ao Tratado CE e ao Tratado UE, prevê o seguinte:

«1. A Dinamarca decidirá, no prazo de seis meses após o Conselho ter adoptado uma decisão sobre uma proposta ou iniciativa destinada a desenvolver o acervo de Schengen em aplicação do disposto no título IV do Tratado que institui a Comunidade Europeia, se procederá à transposição dessa decisão para o seu direito interno. Se decidir fazê-lo, essa decisão criará uma obrigação de direito internacional entre a Dinamarca e os restantes Estados-Membros a que se refere o artigo 1.º do Protocolo que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia, bem como a Irlanda ou o Reino Unido, se esses Estados-Membros participarem nos domínios de cooperação em causa.

2. Se a Dinamarca decidir não aplicar uma decisão do Conselho na acepção do n.º 1, os Estados-Membros a que se refere o artigo 1.º do Protocolo que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia analisarão as medidas adequadas a tomar.»

E — *Declarações anexas ao Tratado de Amesterdão*

24. A Declaração relativa ao artigo 4.º do Protocolo que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia (declaração n.º 45) tem a seguinte redacção:

«As Altas Partes Contratantes convidam o Conselho a obter o parecer da Comissão antes de decidir sobre um pedido de aplicação, no todo ou em parte, das dispo-

sições do acervo de Schengen, formulado pela Irlanda ou pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte ao abrigo do artigo 4.º do Protocolo que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia.

As Altas Partes Contratantes comprometem-se igualmente a envidar todos os esforços no sentido de permitirem à Irlanda ou ao Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, se assim o desejarem, que façam uso das disposições do artigo 4.º do citado Protocolo por forma a que o Conselho possa deliberar, nos termos do mesmo artigo 4.º, na data de entrada em vigor daquele Protocolo, ou posteriormente, a todo o tempo.»

25. A Declaração relativa ao artigo 5.º do Protocolo que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia (declaração n.º 46) tem a seguinte redacção:

«As Altas Partes Contratantes comprometem-se a envidar todos os esforços no sentido de tornar possível a acção de todos os Estados-Membros nos domínios do acervo de Schengen, em especial quando a Irlanda e o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte tenham aceite, no todo ou em parte, as disposições desse acervo, nos termos do artigo 4.º do Protocolo que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia.»

F — *Regulamento n.º 2252/2004*

26. O segundo considerando do Regulamento n.º 2252/2004 tem a seguinte redacção:

«Foram introduzidas normas mínimas de segurança para os passaportes mediante uma Resolução dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no âmbito do Conselho em 17 de Outubro de 2000 [...] Convém agora actualizar esta resolução através de uma medida comunitária, a fim de melhorar e harmonizar as normas de segurança relativas à protecção dos passaportes e documentos de viagem contra a falsificação. Deverão igualmente ser integrados no passaporte ou documento de viagem identificadores biométricos para estabelecer um nexo fiável entre o documento e o seu legítimo titular.»

27. O terceiro considerando do Regulamento n.º 2252/2004 refere:

«A harmonização dos dispositivos de segurança e a integração de identificadores biométricos constituem um progresso significativo no sentido da utilização de novos elementos na perspectiva de futuros desenvolvimentos a nível europeu que tornem os documentos de viagem mais seguros e estabeleçam um nexo mais fiável entre o

passaporte e documento de viagem e o seu titular, o que representa um importante contributo para a sua protecção contra a utilização fraudulenta. Deverão ser tidas em conta as especificações da Organização da Aviação Civil Internacional (ICAO), em especial as contidas no documento 9303 sobre os documentos de viagem de leitura óptica.»

28. O quarto considerando do Regulamento n.º 2252/2004 refere:

«O âmbito do presente regulamento limita-se à harmonização dos dispositivos de segurança, incluindo os identificadores biométricos, dos passaportes e documentos de viagem emitidos pelos Estados-Membros. As autoridades e organismos autorizados a aceder aos dados contidos nos suportes de armazenamento dos documentos são designados de acordo com a legislação nacional, sem prejuízo de quaisquer disposições pertinentes da legislação da Comunidade, da legislação da União Europeia ou de acordos internacionais.»

29. O décimo primeiro considerando do Regulamento n.º 2252/2004 refere que «[o] presente regulamento constitui um desenvolvimento das disposições do acervo de Schengen em que o Reino Unido não participa, nos termos da Decisão 2000/365/CE do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o pedido do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte para participar em algumas das disposições do acervo de Schengen [...], pelo que o Reino Unido não participa na sua aprovação e não fica a ele vinculado nem sujeito à sua aplicação.»

30. O artigo 1.º do Regulamento n.º 2252/2004 dispõe:

«1. Os passaportes e documentos de viagem emitidos pelos Estados-Membros serão conformes com as normas mínimas de segurança descritas no anexo.

2. Os passaportes e documentos de viagem incluirão um suporte de armazenamento que deverá integrar uma imagem facial. Os Estados-Membros incluirão igualmente impressões digitais registadas em formatos interoperáveis. Os dados devem ser securizados e o suporte de armazenamento deve ter capacidade suficiente e a faculdade de garantir a integridade, a autenticidade e a confidencialidade dos dados.

3. O presente regulamento é aplicável aos passaportes e documentos de viagem emitidos pelos Estados-Membros. Não se aplica aos bilhetes de identidade emitidos pelos Estados-Membros aos respectivos cidadãos nem aos passaportes e documentos de viagem temporários de validade igual ou inferior a doze meses.»

31. O artigo 2.º do Regulamento n.º 2252/2004 dispõe:

«Devem ser estabelecidas especificações técnicas complementares para os passaportes e os documentos de viagem, nos termos do n.º 2 do artigo 5.º, no que diz respeito a:

a) Dispositivos e requisitos de segurança complementares, incluindo normas de prevenção reforçadas contra o risco de contrafacção e de falsificação;

b) Especificações técnicas relativas ao suporte de armazenamento de dados biométricos e à sua segurança, incluindo a prevenção contra o acesso não autorizado;

c) Requisitos em matéria de qualidade e normas comuns no que diz respeito à imagem facial e às impressões digitais.»

32. O artigo 3.º deste regulamento dispõe:

«1. Nos termos do n.º 2 do artigo 5.º, pode decidir-se que as especificações referidas no artigo 2.º são secretas e não serão publicadas. Neste caso, serão exclusivamente comunicadas aos organismos designados pelos Estados-Membros para a impressão e às pessoas devidamente autorizadas por um Estado-Membro ou pela Comissão.

2. Cada Estado-Membro designará um organismo responsável pela impressão de passaportes e documentos de viagem. Os Estados-Membros comunicarão o nome desse organismo à Comissão e aos restantes Estados-Membros. O mesmo organismo pode ser designado por dois ou mais Estados-Membros para o efeito. Cada Estado-Membro tem o direito de substituir o organismo por si designado, devendo desse facto informar a Comissão e os restantes Estados-Membros.»

III — Matéria de facto e tramitação processual

33. Em 18 de Fevereiro de 2004, a Comissão apresentou ao Conselho a proposta de Regulamento n.º 2252/2004.

34. Em 19 de Fevereiro de 2004, o Reino Unido notificou por escrito o Conselho do seu desejo de participar na adopção do regulamento com base no n.º 1 do artigo 5.º do protocolo de Schengen.

35. Não obstante a notificação do Reino Unido, o Conselho adoptou o Regulamento n.º 2252/2004, em 13 de Dezembro de 2004, considerando que a proposta de Regulamento n.º 2252/2004 entrava no âmbito das propostas e iniciativas baseadas naquela parte do acervo de Schengen na qual o Reino Unido não participa por força da Decisão 2000/365/CE do Conselho [4].

36. O Reino Unido alega que o facto de não ter podido participar na adopção do Regulamento n.º 2252/2004 constitui uma violação do artigo 5.º do protocolo de Schengen e, por conseguinte, em 17 de Fevereiro de 2005, interpôs o presente recurso de anulação.

37. No decurso da instância no processo C-137/05, a Irlanda e a República Eslovaca intervieram em apoio do Reino Unido.

38. A Comissão, o Reino de Espanha e o Reino dos Países Baixos intervieram em apoio do Conselho.

39. O Reino Unido conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular o Regulamento n.º 2252/2004;

— decidir, com base no artigo 231.º CE, que, na sequência da anulação do Regulamento n.º 2252/2004, e até à aprovação de nova legislação nesta matéria, as disposições deste regulamento devem continuar em vigor, excepto na medida em que tenham por consequência excluir o Reino Unido de participar na sua aplicação;

— condenar o Conselho no pagamento das despesas.

40. O Conselho conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

4 — Decisão 2000/365/CE do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o pedido do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte para participar em algumas das disposições do acervo de Schengen (JO L 131, p. 43).

— condenar o Reino Unido no pagamento das despesas.

41. A Irlanda, a República da Polónia e a República Eslovaca formulam o pedido apresentado pelo Reino Unido.

42. A Comissão e o Reino de Espanha formulam o pedido apresentado pelo Conselho.

43. Na audiência de 13 de Março de 2007, que também foi a audiência do processo C-77/05, o Reino Unido, o Conselho, a Irlanda, a República Eslovaca, a Comissão, o Reino dos Países Baixos e o Reino de Espanha apresentaram os respectivos argumentos orais e responderam às questões que lhes foram colocadas pelo Tribunal de Justiça.

IV — Argumentos das partes

A — *Reino Unido*

44. O Reino Unido fundamenta a sua argumentação na existência de dois tipos de medidas diferentes que se baseiam no acervo de Schengen. As primeiras são as medidas integralmente abrangidas pelo acervo de Schengen (*Schengen-integral measures*; a seguir «medidas integrais»), e as segundas são as medidas relacionadas com o acervo de Schengen (*Schengen-related measures*; a seguir «medidas relacionadas»). Na sua opinião, as medidas integrais estão indissociavelmente ligadas ao acervo de Schengen, como é o caso, por exemplo, das medidas que alteram as disposições deste acervo nas quais o Reino Unido não coopera. As medidas do segundo tipo, por outro lado, não estão indissociavelmente ligadas ao acervo de Schengen mas podem ser adoptadas para a realização dos seus objectivos. A integridade do acervo de Schengen não é comprometida se o Reino Unido participar na adopção das medidas do segundo tipo. No seu entender, os Regulamentos n.os 2007/2004 e 2252/2004 são medidas do segundo tipo. No que diz respeito ao Regulamento n.º 2252/2004, o Reino Unido alega que se trata de uma medida relacionada com o acervo de Schengen, que não substitui nem modifica qualquer disposição.

45. O principal argumento do Reino Unido é o de que o Conselho actuou ilicitamente ao impedi-lo de participar na adopção do Regulamento n.º 2252/2004. O Reino Unido notificou o Conselho, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do Acordo de Schengen e do n.º 1 do artigo 3.º do protocolo relativo ao título IV, de que desejava participar na adopção do Regulamento n.º 2252/2004. No seu entender, a conduta do Conselho constitui uma violação de requisitos essenciais de forma na acepção do n.º 2 do artigo 230.º CE.

46. O Reino Unido alega que, no que diz respeito ao primeiro pilar e ao princípio da cooperação no âmbito do título VI UE [5], o artigo 10.º CE prevê uma protecção suficiente da integridade do acervo de Schengen contra qualquer abuso. A abordagem do Conselho é bastante formalista se se tiver em conta que as medidas anteriores foram adoptadas sob a forma de cooperação intergovernamental e não ao nível comunitário. O Reino Unido tem interesse no controlo comum das fronteiras externas do espaço de Schengen.

47. O Reino Unido contesta a afirmação do Conselho de que a aplicação do artigo 5.º do protocolo de Schengen depende da aplicação prévia do artigo 4.º deste protocolo. O Conselho interpretou erradamente o artigo 5.º do protocolo de Schengen no sentido de que este artigo só pode ser aplicado à parte do acervo de Schengen que se aplica ao Reino Unido por força da decisão adoptada com base no artigo 4.º deste protocolo. O Reino Unido descreve esta interpretação como a «tese da subordinação». Esta tese é incompatível com a redacção do protocolo de Schengen, a natureza do artigo 5.º e a declaração n.º 46 anexa ao Tratado de Amesterdão. Em lugar da tese da subordinação, o Reino Unido propõe a aplicação da «tese da independência», segundo a qual a aplicação do artigo 5.º é independente do artigo 4.º do protocolo de Schengen, dado que estes dois artigos não apresentam qualquer relação recíproca de superioridade ou subordinação.

48. A redacção do n.º 1 do artigo 5.º do protocolo de Schengen, segundo a qual as medidas adoptadas com essa base jurídica são aplicáveis a todos os Estados-Membros, é contrária à tese da subordinação. Assim, o aprofundamento do acervo de Schengen é regulado pelas disposições aplicáveis dos Tratados. O segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 5.º do protocolo de Schengen não regula o mecanismo da não participação (*opting out*), mas o da cooperação reforçada. Resulta claramente desta disposição que a participação do Reino Unido não depende do consentimento dos outros Estados-Membros que cooperam no acervo de Schengen (a seguir «Estados-Membros Schengen»). Os argumentos apresentados para mostrar que o n.º 1 do artigo 5.º do protocolo de Schengen respeitante ao direito de participação da Irlanda e do Reino Unido é ambíguo e incompleto não são convincentes. O Reino Unido não necessita do consentimento dos outros Estados-Membros Schengen, dado que a notificação escrita do Reino Unido exclui (ou desactiva) o mecanismo da cooperação reforçada.

49. O Reino Unido sustenta que a tese da independência é compatível com o artigo 7.º do protocolo relativo ao título IV. Este artigo tem essencialmente por objectivo precisar

5 — Acórdão de 16 de Junho de 2005, Pupino (C-105/03, Colect., p. I-5285, n.º 42).

que, com base no protocolo relativo ao título IV, o Reino Unido e a Irlanda não podem associar-se às partes do acervo de Schengen que têm a sua base jurídica, nos termos da Decisão 1999/436/CE do Conselho [6], no título IV. No entanto, se o Reino Unido notificar por escrito o Conselho, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, segundo parágrafo, do protocolo de Schengen, e a base jurídica da proposta na qual pretende participar for o título IV CE, o protocolo relativo ao título IV será aplicável. Além disso, a tese da independência também está em conformidade com a exigência da manutenção da integridade do acervo de Schengen. A cooperação do Reino Unido neste acervo, sem autorização prévia, não ameaça a integridade do acervo de Schengen, dado que esta última é suficientemente garantida pelo artigo 10.º CE e pelo n.º 2 do artigo 3.º do protocolo relativo ao título IV que permite, em determinadas circunstâncias, a adopção de medidas sem a participação do Reino Unido.

50. Segundo o Reino Unido, o protocolo de Schengen prevê dois mecanismos de cooperação reforçada. O primeiro é regulado pelo artigo 4.º deste protocolo e aplica-se à integração do acervo de Schengen no direito da União e da Comunidade. O segundo, regulado pelo artigo 5.º deste protocolo, está relacionado, em contrapartida, com o aprofundamento deste acervo. Os artigos 4.º e 5.º do protocolo de Schengen prevêem diferentes procedimentos de adesão a este acervo ou de participação em medidas de simples aprofundamento do mesmo.

51. No entender do Reino Unido, a única interpretação possível do artigo 5.º do protocolo de Schengen é a de que este se aplica exclusivamente às medidas baseadas no acervo de Schengen nas quais este Estado não participa. Se este artigo se referisse, de facto, às medidas nas quais o Reino Unido participa, teria de incluir, tal como o faz, por exemplo, o artigo 2.º do protocolo relativo à posição da Dinamarca, disposições para o caso de o Reino Unido decidir não participar na adopção de tais medidas.

52. O Reino Unido também alega que a interpretação do artigo 5.º proposta pelo Conselho, em conformidade com a tese da subordinação, constitui uma violação do princípio da proporcionalidade. O Reino Unido e a Irlanda participaram muitas vezes no aprofundamento do acervo de Schengen, mas sem recorrerem ao procedimento previsto no artigo 4.º do protocolo de Schengen. As muitas excepções, nas quais a participação foi possível sem o recurso ao referido procedimento, mostram que a integridade do acervo de Schengen não foi ameaçada.

6 — Decisão 1999/436/CE do Conselho, de 20 de Maio de 1999, que determina, nos termos das disposições pertinentes do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, a base jurídica de cada uma das disposições ou decisões que constituem o acervo de Schengen (JO L 176, p. 17).

53. A concepção ampla e aberta das medidas baseadas no acervo de Schengen que o Conselho utiliza na sua prática também é contrária ao princípio da segurança jurídica. O teste de dois graus utilizado pelo Conselho para averiguar se as medidas em questão têm a sua base jurídica no acervo de Schengen é, por conseguinte, incompatível com o artigo 5.º do protocolo de Schengen. A segunda parte do teste, que procura averiguar se a matéria envolvida é essencial para a livre circulação de pessoas num contexto em que os controlos de pessoas nas fronteiras comuns foram abolidos, é demasiado vaga para ser compatível com os requisitos da segurança jurídica.

54. É verdade que o Reino Unido não deseja proceder à abolição das fronteiras internas tal como o fizeram os Estados-Membros Schengen. Mas este objectivo não implica para os Estados-Membros Schengen, em teoria, a ameaça da integridade do acervo de Schengen.

55. Por último, o princípio da igualdade de tratamento dos cidadãos da União no âmbito dos controlos de passaportes que podem ser realizados nas fronteiras externas implica a necessidade de o Reino Unido e a Irlanda cooperarem no Regulamento n.º 2252/2004. Se o equipamento destinado ao reconhecimento de passaportes na passagem das fronteiras externas da União Europeia não pudesse ler os passaportes dos nacionais do Reino Unido e da Irlanda, estes seriam objecto, sem justificação, de um tratamento diferente em relação aos nacionais dos outros Estados-Membros.

56. A título subsidiário, o Reino Unido alega que, se o Tribunal de Justiça aceitar a validade da tese da independência, desta resulta necessariamente que o artigo 5.º do protocolo de Schengen não se aplica às medidas relacionadas. Este artigo só se aplica às medidas integrais. No entanto, o regulamento impugnado não é abrangido por esta última categoria, o Reino Unido devia ter participado na sua adopção.

B — *Intervenientes que apoiam o Reino Unido*

57. Referindo-se às disposições sobre a interpretação dos tratados internacionais contidas nos artigos 31.º e 32.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, o Governo irlandês sustenta que não se justifica o afastamento da redacção clara dos artigos 4.º e 5.º do protocolo de Schengen. A Irlanda também apoia a tese do Reino Unido de que os artigos 4.º e 5.º deste protocolo são independentes um do outro, invocando o artigo 8.º deste protocolo e o artigo 6.º, n.º 2,

da Decisão 2002/192/CE do Conselho [7]. O facto de esta decisão também referir medidas que fazem parte do acervo de Schengen e que foram adoptadas nos termos do protocolo de Schengen não significa que seja admissível uma interpretação dinâmica desse protocolo. Com efeito, o Conselho não pode, com a sua decisão, alterar o direito primário. O Governo irlandês também considera que a prática do Conselho afecta de uma forma desproporcionada a cooperação da Irlanda e do Reino Unido.

58. A República Eslovaca apoia o Reino Unido. O facto de um Estado-Membro não participar no acervo de Schengen não pode impedi-lo de participar com base no artigo 5.º do protocolo de Schengen ou no n.º 1 do artigo 3.º do protocolo relativo ao título IV. Entende que a análise a realizar exige factores adicionais e propõe, assim, uma análise diferente, baseada nos artigos 4.º e 5.º do protocolo de Schengen. Segundo esta análise, a cooperação baseada no artigo 5.º do protocolo de Schengen só pode ser recusada quando existirem fundamentos razoáveis para pensar que a integridade e a coerência do acervo de Schengen podem correr perigo. Para que tal se verifique, a cooperação de um Estado-Membro que não seja Estado Schengen deve ser manifesta e directamente incompatível com os objectivos do acervo de Schengen, o que significa, na prática, que deve constituir uma limitação real para a eficácia e o funcionamento de uma medida que integre o acervo de Schengen.

59. O Governo eslovaco também sustenta que a posição do Conselho, segundo a qual o artigo 4.º do protocolo de Schengen é vinculativo em matéria de cooperação nas medidas de aprofundamento, implica que o artigo 5.º deste protocolo seja supérfluo.

C — Conselho

60. Segundo o Conselho, a tese da independência do Reino Unido é incompatível com o princípio da integridade do acervo de Schengen e é contrariada pela construção e pela lógica do protocolo de Schengen e do protocolo relativo ao título IV. A tese da independência ameaça o princípio da integridade do acervo de Schengen *supra*, sobretudo se for aplicada juntamente com a limitação às medidas integrais. Em sua opinião, o artigo 5.º do protocolo não tem por objectivo conferir direitos ao Reino Unido e à Irlanda. Destina-se, pelo contrário, a proteger as actividades dos Estados-Membros Schengen de obstáculos ao desenvolvimento da cooperação reforçada por parte de um ou mais Estados. Esta finalidade do artigo 5.º do protocolo de Schengen resulta

7 — Decisão 2002/192/CE do Conselho, de 28 de Fevereiro de 2002, sobre o pedido da Irlanda para participar em algumas das disposições do acervo de Schengen (JO L 64, p. 20).

a contrario do seu confronto com o artigo 4.º Por conseguinte, o argumento de que, notificado que seja o Conselho, o Reino Unido e a Irlanda cooperam automaticamente não pode ser aceite.

61. O Conselho sustenta que a protecção da integridade do acervo de Schengen é a *ratio legis do* artigo 4.º do protocolo de Schengen. Existe uma relação causal clara entre a abolição dos controlos internos das fronteiras e as medidas de acompanhamento.

62. Além disso, as medidas adoptadas no domínio da cooperação Schengen reforçada dependem umas das outras e estão ligadas entre si. É, por conseguinte, possível que a integridade possa ser comprometida, mesmo quando não se trate de uma medida do tipo definido como integral pelo Reino Unido mas se verifique, à luz do teste de dois graus, que se trata de um problema associado à livre circulação de pessoas, num contexto em que as fronteiras internas foram abolidos.

63. Referindo-se ao princípio da salvaguarda da integridade e da coerência do acervo de Schengen, o Conselho também sustenta que, após a eventual declaração e o eventual procedimento previstos no artigo 4.º do protocolo de Schengen, o Reino Unido deixa de poder decidir não participar (*opt-out*) unilateralmente no aprofundamento deste acervo. Como exemplo da possível falta de coerência no aprofundamento do acervo de Schengen, o Conselho refere a participação do Reino Unido nas medidas de repatriamento e a sua não participação na recusa de uma nova entrada na União Europeia.

64. A relação de subordinação ou de primazia entre o artigo 5.º e o artigo 4.º do protocolo de Schengen também é necessária para evitar o mecanismo do artigo 4.º no procedimento do artigo 5.º Para este efeito, o artigo 10.º CE e o princípio da cooperação não oferecem protecção suficiente à integridade do acervo de Schengen. A referência ao n.º 2 do artigo 3.º do protocolo relativo ao título IV está errada porque o artigo 7.º deste protocolo limita a sua aplicabilidade de tal forma que, em caso de conflito, o protocolo de Schengen assume a natureza de *lex specialis* em relação ao protocolo relativo ao título IV. O mecanismo *opt-in* previsto no n.º 1 do artigo 3.º do protocolo relativo ao título IV refere-se apenas às medidas adoptadas com base no título IV CE e não às medidas baseadas no acervo de Schengen. Se a tese da independência defendida pelo Reino Unido fosse aceite, o artigo 7.º do protocolo relativo ao título IV não teria sentido. O Reino Unido poderia simplesmente aplicar o n.º 1 do artigo 3.º e comunicar o seu desejo de participar nas medidas baseadas no título IV, ou seja nas medidas baseadas no acervo de Schengen.

No entanto, a protecção oferecida pelo artigo 4.º do protocolo de Schengen seria, desta forma, comprometida.

65. O Conselho contesta os argumentos do Reino Unido respeitantes à interpretação ampla e aberta do conceito de medida baseada no desenvolvimento do acervo de Schengen e alega que um simples teste de dois graus permite determinar se está ou não em causa uma medida de aprofundamento. Este teste procura determinar qual deve ser o grau de ligação entre a medida proposta e a abolição dos controlos nas fronteiras internas para que se considere a medida em questão uma medida baseada no acervo de Schengen. A primeira fase deste teste determina se o acervo de Schengen é aplicável à medida. O alcance deste acervo pode ser inferido da Decisão 1999/437/CE do Conselho, de 17 de Maio de 1999, relativa a determinadas regras de aplicação do Acordo celebrado pelo Conselho da União Europeia com a República da Islândia e o Reino da Noruega relativo à associação dos dois Estados à execução, à aplicação e ao desenvolvimento do acervo de Schengen [8]. A segunda fase deste teste consiste na colocação da questão contida na nota da Presidência de 22 de Outubro de 1999, examinada e aprovada pelo COREPER, de saber se a medida diz respeito a uma questão que é essencial para a livre circulação de pessoas num espaço onde os controlos de pessoas nas fronteiras internas foram eliminados e onde foi instituído um sistema comum de controlo das fronteiras que vincula, assim, a Islândia e a Noruega. O objectivo deste teste consiste, para o Conselho, em garantir uma maior coerência no tratamento dos actos jurídicos no domínio da cooperação Schengen. Este teste constitui um auxílio importante para a escolha do procedimento correcto. A objecção de que este teste foi desenvolvido para o comité misto para a Noruega e a Islândia não tem fundamento. Não há diferença de conteúdo entre as medidas adoptadas por este comité misto e as adoptadas com base no artigo 5.º do protocolo de Schengen.

66. No que diz respeito à distinção entre medidas integrais e medidas relacionadas defendida pelo Reino Unido, esta distinção não encontra apoio no direito comunitário. O protocolo de Schengen trata o acervo de Schengen como um todo. Quando a Decisão 1999/435 [9] foi adoptada, o Conselho poderia ter tomado em consideração a posição do Reino Unido, mas não o fez.

67. No que diz respeito ao argumento do Reino Unido sobre a cooperação nas medidas no âmbito do acervo de Schengen, o Conselho afirma que a posição do Reino Unido pode ser determinada com base num

8 — JO L 176, p. 31.

9 — Decisão 1999/435/CE do Conselho, de 20 de Maio de 1999, relativa à definição do acervo de Schengen com vista a determinar, nos termos das disposições pertinentes do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, o fundamento jurídico de cada uma das disposições ou decisões que o constituem (JO L 176, p. 1).

exame específico. No caso de uma proposta cuja base jurídica seja o título IV e que não implique o desenvolvimento ulterior deste acervo, o Reino Unido pode participar (*opt-in*) nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do protocolo relativo ao título IV. Se, pelo contrário, a proposta implicar o desenvolvimento ulterior do acervo de Schengen, o Conselho considerará a posição do Reino Unido com base no artigo 4.º do protocolo de Schengen. Se o Reino Unido cooperar nestas partes do acervo de Schengen mencionadas na Decisão 2000/365, poderá cooperar na adopção das medidas sem uma notificação especial prévia. Se, pelo contrário, resultar desta decisão que o Reino Unido não coopera nestas partes do acervo, para cooperar, este país deverá proceder nos termos do artigo 4.º do protocolo de Schengen.

68. A cooperação do Reino Unido na adopção das medidas abrangidas pelo acervo de Schengen reflecte, segundo o Conselho, a especificidade da cooperação caso a caso. Assim, por exemplo, o Regulamento n.º 334/2002 [10] teve como base jurídica o antigo artigo 100.º-C do Tratado CE, antes da integração do acervo de Schengen no âmbito do direito da União. Quanto aos demais actos jurídicos, eles apresentam uma natureza mais executiva do que normativa, ou são medidas claramente abrangidas pela esfera executiva, como é o caso, por exemplo, da Decisão 2004/573 [11]. No que diz respeito à Directiva 2001/40 [12] e à Decisão 2004/191 [13], o Conselho sustenta que estas medidas se baseiam no acervo de Schengen no qual o Reino Unido não participa. A cooperação na adopção destas duas medidas baseia-se no facto de esta directiva regular apenas o reconhecimento recíproco de decisões de afastamento de estrangeiros. Refere-se, assim, ao afastamento de nacionais de países terceiros que poderiam facilmente evitar o afastamento entrando no Reino Unido.

69. As medidas relacionadas com controlos de pessoas nas fronteiras externas são abrangidas pelo acervo de Schengen. Estas incluem o Regulamento n.º 2252/2004, na medida em que o controlo de passaportes é, na prática, realizado nas fronteiras externas. O artigo 62.º, n.º 2, alínea a), CE, que constitui a base jurídica do Regulamento n.º 2252/2004, serve de ligação entre este regulamento e as fronteiras externas. O controlo de passaportes é uma matéria fundamental para a livre circulação de pessoas num espaço onde os controlos de

10 — Regulamento (CE) n.º 334/2002 do Conselho, de 18 de Fevereiro de 2002, que altera o Regulamento (CE) n.º 1683/95 que estabelece um modelo-tipo de visto (JO L 53, p. 7).

11 — Decisão 2004/573/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa à organização de voos comuns para o afastamento do território de dois ou mais Estados-Membros de nacionais de países terceiros que estejam sujeitos a decisões individuais de afastamento (JO L 261, p. 5).

12 — Directiva 2001/40/CE do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros (JO L 149, p. 34).

13 — Decisão 2004/191/CE do Conselho, de 23 de Fevereiro de 2004, que estabelece os critérios e as modalidades práticas da compensação dos desequilíbrios financeiros decorrentes da aplicação da Directiva 2001/40/CE relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros (JO L 60, p. 55).

pessoas nas fronteiras internas foram abolidos. O Reino Unido nunca pediu para cooperar neste domínio do acervo de Schengen. Consequentemente, a Decisão 2000/365 não contém uma disposição respeitante à cooperação do Reino Unido nesta parte do acervo de Schengen.

D — *Intervenientes que apoiam o Conselho*

70. A Comissão considera correcta a posição do Conselho respeitante à articulação entre o artigo 4.º e o artigo 5.º do protocolo de Schengen. Embora não aceite a posição do Reino Unido relativa à distinção entre medidas integrais e medidas relacionadas, sustenta que o Regulamento n.º 2007/2004 é uma medida integral, na medida em que está indissociavelmente ligada àquelas partes do acervo de Schengen nas quais o Reino Unido não participa.

71. Segundo a Comissão, a característica essencial da cooperação reforçada e do acervo de Schengen é constituída pelo princípio da integridade. Pelo que o seu objectivo básico consiste na protecção dessa integridade e da coesão do acervo de Schengen. É verdade que o protocolo de Schengen prevê a cooperação parcial de Estados-Membros individuais que não fazem parte do sistema de Schengen; no entanto, não deixa à liberdade dos Estados-Membros a escolha da parte do acervo onde cooperar, sendo que tal provocaria uma miscelânea de cooperação e de obrigações.

72. O artigo 5.º do protocolo de Schengen não pode ser considerado separadamente, ou seja fora do contexto do protocolo no seu todo. Por conseguinte, a tese da independência respeitante à articulação entre os artigos 4.º e 5.º deste protocolo está errada. A Comissão alega que a expressão «baseadas no acervo de Schengen» prevista no artigo 5.º do protocolo de Schengen não é vaga nem ampla. O procedimento de adopção das medidas baseadas neste artigo, no caso de desenvolvimento do acervo de Schengen, não difere da determinação da base jurídica para a adopção de actos de direito comunitário. O teste de dois graus utilizado pelo Conselho no âmbito do aprofundamento é correcto e suficiente.

73. Por último, a Comissão sustenta que o Regulamento n.º 2252/2004 tem por objectivo estabelecer normas mínimas de segurança para passaportes e documentos de viagem. Desta forma, é possível estabelecer por biometria um nexo mais específico entre o titular do passaporte e o próprio passaporte. Esta finalidade está indissociavelmente ligada aos controlos nas fronteiras externas que representam a essência da cooperação Schengen. Por conseguinte, o facto de o Reino Unido não cooperar no Regulamento n.º 2252/2004 não constitui discriminação contra os nacionais do Reino Unido. A

Irlanda e o Reino Unido também podem inserir elementos biométricos nos seus passaportes com base nas disposições da Organização da Aviação Civil Internacional (ICAO).

74. O Governo espanhol alega que a interpretação do protocolo de Schengen defendida pelo Reino Unido constitui uma ameaça para as medidas já adoptadas no domínio da cooperação reforçada e é, por isso, contrária ao princípio da integridade do acervo de Schengen. Segundo o Governo espanhol, o direito do Reino Unido de cooperar não se baseia numa interpretação sistemática, teleológica e histórica do n.º 1 do artigo 5.º do protocolo de Schengen. No que diz respeito aos argumentos apresentados a título subsidiário pelo Reino Unido, o Governo espanhol sustenta que compete ao Conselho determinar quais são as medidas de aprofundamento do acervo de Schengen.

75. O Governo dos Países Baixos, que apoia o entendimento do Conselho sobre a relação de subordinação entre os artigos 5.º e 4.º do protocolo de Schengen, alegou na audiência que o artigo 4.º deste protocolo exige uma decisão unânime dos Estados Schengen e do Reino Unido. O requisito da unanimidade significa que os Estados-Membros não podem tomar a decisão arbitrária de cooperar num só domínio do acervo de Schengen, salvaguardando-se, desta forma, a integridade deste acervo. Se o artigo 5.º do protocolo de Schengen fosse interpretado no sentido proposto pelo Reino Unido, tal significaria que os Estados-Membros podiam não cooperar no aprofundamento do acervo de Schengen, mesmo que cooperassem no acervo de Schengen.

V — Apreciação da advogada-geral

76. O Tratado de Amesterdão abriu uma nova dimensão na integração europeia [14]. Este tratado criou um espaço de liberdade, de segurança e de justiça [15]. A doutrina sublinha que o conceito de cooperação reforçada também se aplica ao desenvolvimento e à realização deste espaço [16] que, à luz do artigo 1.º do protocolo de Schengen, inclui o acervo de Schengen [17]. Este acervo foi inicialmente concebido como parte do direito internacional público e foi incorporado no direito da União e da Comunidade

14 — Thym, D. — *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, Baden-Baden, 2004, p. 79. Segundo o autor, trata-se uma nova fase de integração após a realização do mercado único e da união monetária.

15 — Importa referir que, em virtude do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o Tratado de Amesterdão alterou o título VI UE e inseriu o novo título IV CE.

16 — Bribosia, H. — «Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne, Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam», *Cahiers de droit européen*, n.º 1-2/2000, pp. 57(88). Quanto ao significado da cooperação reforçada, refira-se o discurso proferido pelo antigo presidente da Comissão Europeia, Jacques Delors, em Março de 2007, perante o Senado do Reino da Bélgica, cujo resumo foi publicado na *Agence Europe* n.º 9407, de 17 de Abril de 2007.

17 — Thym, D. (já referido na nota 14, p. 83). O autor também refere o artigo 43.º, alínea i), UE, que prevê que a cooperação reforçada proposta não deve afectar o disposto no protocolo que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia.

nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do protocolo de Schengen [18].

77. Nos processos C-137/05 e C-77/05, o Tribunal de Justiça é chamado a interpretar protocolos que se referem, em especial, à cooperação reforçada [19]. A concepção tradicional da integração europeia decorre da noção de unidade da integração, ou seja a criação de regras uniformes válidas em todos os Estados-Membros [20]. Na sequência das alterações aos Tratados fundadores, que aprofundaram as competências da Comunidade Europeia e da União Europeia, e dos posteriores alargamentos da União, que implicam uma maior heterogeneidade de estruturas e interesses, o conceito da integração unitária deixou de poder ser aplicado da mesma forma que no período em que a Comunidade Económica Europeia era constituída por seis ou por nove membros [21]. A cooperação reforçada é a expressão jurídica do compromisso entre o alargamento e o aprofundamento da União [22]. Segundo a doutrina, o acervo de Schengen constitui uma forma especial, modificada, de cooperação reforçada estabelecida por determinados Estados-Membros através de tratados internacionais [23], do Acordo relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinado em Schengen em 14 de Junho de 1985 pelos Governos da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa (a seguir «Acordo de Schengen»), e da Convenção de 19 de Junho de 1990 respeitante à aplicação do Acordo relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinado em Schengen em 14 de Junho de 1985 (a seguir «CAA»), que ultrapassa o alcance institucional da então Comunidade e actual União [24]. Enquanto actos autónomos de direito internacional, estes dois acordos extinguiram-se com a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão [25].

18 — Boer den, M. — «Not Merely a Matter of Moving House: Police Co-operation from Schengen to the TEU», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 7(2000), pp. 336 (337); Bender, T. — «Die verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza», *ZaöRV* 2001, pp. 730(743); Gautier, M. — «Accords de Schengen», *JurisClasseur Europe Traité*, fascículo 2630, n.º 38; Thym, D. (já referido na nota 14, p. 82). Este último autor sustenta que o protocolo de Schengen se aplica ao primeiro e terceiro pilares e que, por este motivo, foi adoptado como anexo aos Tratados UE e CE.

19 — No seu acórdão de 31 de Janeiro de 2006, Comissão/ Espanha (C-503/03, Colect., p. I-1097, n.º 34), o Tribunal de Justiça afirmou que «[a]s disposições do acervo de Schengen só são aplicáveis se, e na medida em que, forem compatíveis com a legislação da União Europeia e da Comunidade». O artigo 1.º do protocolo de Schengen prevê que a cooperação reforçada deve ser realizada no quadro institucional e jurídico da União Europeia e na observância dos Tratados. Esta disposição é uma expressão importante do princípio reconhecido no artigo 43.º, n.º 1, UE, de que a cooperação reforçada deve respeitar os Tratados e o quadro institucional da União, bem como o direito comunitário.

20 — Bender, T. (já referido na nota 18, pp. 730, 731 e 767).

21 — Jacqué, J.-P. — *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3.ª ed., Paris, 2004, p. 161, sustenta que a cooperação reforçada resulta da ideia de que é impossível que todos os Estados-Membros avancem à mesma velocidade no sentido da integração.

22 — Blanke, Titel VII, «Bestimmungen über eine Verstärkte Zusammenarbeit», in: Grabitz/Hilf, n.º 1.

23 — Referindo-se ao artigo 134.º CAA, a doutrina chama a atenção para o facto de que, já no seu início, o acervo de Schengen não era incompatível com o direito comunitário (Van Simaeys, B., Carlier, J.-Y. — «Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice», in: Lejeune, Y. (ed.): *Le traité d'Amsterdam, Espoirs et déceptions*, Bruxelas, 1999, p. 250).

24 — Blanke, Titel VII
(já referido na nota 22, n.º 9), Gautier, M. (já referido na nota 18, n.ºs 1 e 2). Foi alcançado um estádio que ultrapassa os Tratados fundadores, porque a Comunidade, embora competente no que respeita à livre circulação de pessoas, ainda não era competente para regular a situação jurídica dos cidadãos de países terceiros.

25 — Gautier, M. (já referido na nota 18, n.º 3). Segundo o autor, o Tratado de Amesterdão integrou o acervo resultante dos acordos de Schengen no quadro institucional da União Europeia.

78. Em primeiro lugar, refira-se que o direito comunitário primário não distingue entre medidas integrais e medidas relacionadas. O próprio Reino Unido refere este facto, ao afirmar na sua réplica que esta distinção constitui um instrumento de análise para ajudar a identificar o pequeno número de casos em que se justificaria a exclusão da Irlanda ou do Reino Unido da cooperação na adopção das medidas baseadas no acervo de Schengen [26].

79. O artigo 5.º do protocolo de Schengen refere «propostas e iniciativas baseadas no acervo de Schengen» [27]. Contudo, na audiência todas as partes falaram do «desenvolvimento» do acervo de Schengen. Por conseguinte, é necessário determinar se o conceito de medidas «baseadas no acervo de Schengen» e o de medidas «de desenvolvimento do acervo de Schengen» são sinónimos.

80. No direito derivado, o sexto considerando da Directiva 2001/51/CE do Conselho, de 28 de Junho de 2001, por exemplo, que completa as disposições do artigo 26.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985 (a seguir «Directiva 2001/51») [28], utiliza a mesma expressão que o artigo 5.º do protocolo de Schengen nas versões inglesa e espanhola, mas não nas versões eslovena, francesa,alemã ou italiana [N.T. ou portuguesa] [29]. O décimo terceiro considerando do Regulamento (CE) n.º 377/2004 do Conselho, de 19 de Fevereiro de 2004, relativo à criação de uma rede de agentes de ligação da imigração (a seguir «Regulamento n.º 377/2004») [30] utiliza os mesmos termos que o protocolo de Schengen nas versões inglesa, francesa, italiana e espanhola [N.T. e portuguesa], mas não nas versões eslovena e alemã [31]. O décimo segundo considerando da Decisão 2005/267/CE do Conselho, de 16 de Março de 2005, que estabelece uma rede segura de informação e de coordenação acessível através da internet dos serviços encarregues da gestão dos fluxos migratórios nos Estados-Membros (a seguir «Decisão 2005/267») [32] refere-se a medidas que «desenvolvam disposições do acervo de Schengen contra a organização da imigração ilegal» [33].

26 — Réplica no processo C-77/05, n.º 72.

27 — A versão inglesa do protocolo utiliza a seguinte expressão: «Proposals and initiatives to build upon the Schengen *acquis*»; a versão francesa: «Les propositions et initiatives fondés sur l'*acquis* de Schengen»; a versão alemã: «Vorschläge und Initiativen auf der Grundlage des Schengen-Besitzstands»; a versão italiana: «Le proposte e le iniziative che si baseranno sull'*acquis* di Schengen»; e a versão espanhola «Las propuestas e iniciativas para desarrollar el acervo de Schengen».

28 — JO L 187, p. 45.

29 — Na versão eslovena: «Ta direktiva pomeni nadaljnji razvoj schengenskega pravnega reda [...]»; na versão inglesa: «This Directive builds on the Schengen acquis [...]»; na versão francesa: «La présente directive constitue un développement de l'acquis de Schengen [...]»; na versão alemã: «Diese Richtlinie stellt eine Weiterentwicklung des Schengen--Besitzstands [...]»; na versão italiana: «Il presente strumento rappresenta uno sviluppo dell'acquis di Schengen [...]»; na versão espanhola «La presente Directiva constituye un desarrollo del acervo de Schengen [...]»; N.T. na versão portuguesa «A presente directiva constitui um desenvolvimento do acervo de Schengen [...]».

30 — JO L 64, p. 1.

31 — Na versão eslovena: «Ta uredba je akt, ki temelji na schengenskem pravnem redu [...]»; na versão inglesa: «This Regulation constitutes an act building on the Schengen acquis [...]»; na versão francesa: «Le présent règlement constitue un acte fondé sur l'acquis de Schengen [...]»; na versão alemã: «Diese Verordnung stellt einen auf dem Schengen-Besitzstand aufbauenden [...]Rechtsakt [...]»; na versão italiana: «Il presente regolamento costituisce un atto basato sull'acquis di Schengen [...]»; na versão espanhola: «El presente Reglamento constituye un acto que desarrolla el acervo de Schengen [...]»; N.T. na versão portuguesa: «O presente regulamento constitui um acto baseado no acervo de Schengen [...]».

32 — JO L 83, p. 48.

33 — Na versão inglesa: «[...] to the extent that its measures develop provisions of the Schengen acquis against the organisation of illegal immigration [...]»; na versão francesa: «[...] pour autant que ses mesures développent les dispositions de l'acquis de Schengen afin de lutter contre l'organisation de l'immigration illégale [...]», na versão alemã: «[...] deren Maßnahmen eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung darstellen [...]»; na versão italiana: «[...] nella misura in cui le sue misure sviluppano le disposizioni dell'acquis di Schengen volte a combattere l'organizzazione di immigrazione illegale [...]»; na versão espanhola: «[...] en la medida en que desarrolla las disposiciones del acervo de Schengen en materia de lucha contra la organización de la inmigración ilegal [...]».

Nas versões inglesa, francesa, italiana e espanhola [e portuguesa], são utilizados os mesmos termos que no artigo 5.º do protocolo, mas tal não acontece nas versões eslovena ou alemã.

81. Também gostaria de observar que o conteúdo das versões linguísticas em que actos de direito derivado relativos ao acervo de Schengen não utilizam os mesmos termos, por exemplo as versões italiana e alemã do protocolo de Schengen e dos actos de direito derivado referidos no n.º 80, é exactamente idêntico ao conteúdo das versões linguísticas em que os mesmos termos são utilizados, por exemplo a versão inglesa desses actos. Sempre que o conteúdo das diferentes versões linguísticas diferir devido à utilização, nestes actos, de termos diferentes, será necessário, para poder interpretar a disposição de direito comunitário, comparar as suas versões linguísticas [34]. Em caso de divergência entre as diferentes versões linguísticas, a disposição em questão deve ser interpretada em função da sistemática geral e da finalidade da regulamentação de que constitui um elemento [35]. Contudo, o artigo 5.º do protocolo de Schengen destina-se a prever um procedimento especial para a cooperação do Reino Unido e da Irlanda nas novas medidas de aprofundamento do acervo de Schengen, ou seja nas novas medidas de desenvolvimento do acervo de Schengen.

82. Refira-se, em primeiro lugar, que o presente processo diz respeito à interpretação dos protocolos e declarações anexas aos Tratados UE e CE. A doutrina respeitante aos protocolos e declarações identifica duas categorias tradicionais de anexos aos Tratados fundadores [36]. Nos termos do artigo 311.º CE, os protocolos [37] que, de comum acordo entre os Estados-Membros, forem anexados ao Tratado CE fazem dele parte integrante [38]. De facto, no processo Miraglia [39], o Tribunal de Justiça aplicou o artigo 2.º do protocolo de Schengen como

34 — Chamo a atenção para o acórdão de 2 de Abril de 1998, EMU Tabac e o. (C-296/95, Colect., p. I-1605), n.º 36, no qual, a respeito da diferença entre as versões dinamarquesa e grega da Directiva 92/12/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa ao regime geral, à detenção, à circulação e aos controlos dos produtos sujeitos a impostos especiais de consumo (JO L 76, p. 1), na redacção que lhe foi dada pela Directiva 92/108/CEE do Conselho, de 14 de Dezembro de 1992 (JO L 390, p. 124), o Tribunal de Justiça declarou que «[...] não ter em conta duas das versões linguísticas, como propõem os recorrentes na causa principal, estaria em contradição com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, segundo a qual a necessidade de uma interpretação uniforme dos regulamentos comunitários exclui que, em caso de dúvida, o texto de uma disposição seja considerado isoladamente, mas exige, pelo contrário, que seja interpretado e aplicado à luz das versões redigidas noutras línguas oficiais [...] Por último, a todas as versões linguísticas deve, por princípio, ser reconhecido o mesmo valor, que não pode variar em função da importância da população dos Estados-Membros que se exprime na língua em causa».

35 — Acórdãos de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, Colect., p. 715), n.º 14, e de 7 de Dezembro de 1995, Rockfon (C-449/93, Colect., p. I-4291), n.º 28. O processo Rockfon referia-se à interpretação do artigo 1.º da Directiva 75/129/CEE do Conselho, de 17 de Fevereiro de 1995, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos despedimentos colectivos (JO L 48, p. 29). Era necessário interpretar um termo contido nesse artigo: «establishment» em inglês, «stabilimento» em italiano, «établissement» em francês e «obrat» em esloveno. Após o exame das diferentes versões linguísticas da directiva, o Tribunal de Justiça concluiu que «resulta[va] da comparação dos termos utilizados que estes têm uma conotação diferente: isto é, segundo os casos, estabelecimento, empresa, centro de trabalho, unidade local ou local de trabalho» (n.º 27).

36 — Michel, V., Actes annexés au traité, *JurisClasseur Europe Traité*, fascículo 150, n.º 3.

37 — Segundo a doutrina alemã, o direito comunitário não contém qualquer definição do conceito de protocolo utilizado no artigo 311.º CE (Weber, in: von den Groeben/Schwarze, artigo 311.º, n.º 1).

38 — Michel, V. (já referido na nota 36, n.º 36). Segundo a autora, os protocolos têm exactamente a mesma força legislativa que os Tratados fundadores.

39 — Acórdão de 10 de Março de 2005, Miraglia (C-469/03, Colect., p. I-2009).

parte do direito primário. Em contrapartida, as declarações anexas aos Tratados CE e UE não devem ser consideradas ao mesmo nível que os protocolos [40] pois não são vinculativas [41]. As declarações adoptadas por uma conferência intergovernamental não fazem parte dos Tratados fundadores, mas podem ser relevantes para a interpretação dos Tratados, nos termos do artigo 31.°, n.° 2, alínea b), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados [42]. A diferença entre protocolos e declarações é especialmente importante porque as instituições devem tomar em consideração os protocolos no âmbito do exercício da actividade legislativa [43].

A — *Admissibilidade do recurso*

83. O recurso de anulação foi interposto pelo Reino Unido, na sua qualidade de Estado-Membro, no prazo previsto no artigo 230.° CE, contra o Regulamento n.° 2252/2004, uma medida adoptada pelo Conselho. À luz do disposto no artigo 230.° CE, o recurso é admissível [44].

B — *Posição jurídica de alguns outros Estados-Membros em relação ao acervo de Schengen*

84. Antes de analisar a posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao acervo de Schengen, há que examinar brevemente a posição de alguns outros Estados. O acervo de Schengen reconhece diversas formas de cooperação, que só se aplicam a determinados Estados.

1. Dinamarca

85. A Dinamarca aceita o princípio da abolição dos controlos internos das fronte-

40 — Weber (já referido na nota 37, n.° 2).

41 — Lenaerts, K., Van Nuffel, P., Bray, R. — *Constitutional Law of the European Union*, 2.ª ed., Londres, 2005, p. 710; Blumann, C., Dubois, L. — *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2.ª ed., Paris 2005, p. 394.

42 — Weber (já referido na nota 37, n.° 3); Michel, V. (já referido na nota 36, n.° 42). No seu acórdão de 30 de Abril de 1996, Países Baixos/Conselho (C-58/94, Colect., p. I-2169), num processo em que o Reino dos Países Baixos pedia, nomeadamente, a anulação da Decisão 93/731/CE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, relativa ao acesso do público aos documentos do Conselho (JO L 340, p. 43), o Tribunal de Justiça fez referência à declaração n.° 17, relativa ao direito de acesso à informação, em anexo à Acta Final da Conferência Intergovernamental que adoptou o Tratado da União Europeia.

43 — Michel, V. (já referido na nota 36, n.° 37).

44 — Thym, D. (já referido na nota 14, p. 222), refere uma opinião diferente da doutrina, segundo a qual, se um acto legislativo abrangido pela cooperação reforçada não for vinculativo num Estado-Membro, este último só poderá impugná-lo no caso de ter sido excedido o âmbito normativo da cooperação reforçada, por o acto de direito derivado ter sido adoptado *ultra vires*, ou de terem sido violados os direitos, obrigações ou competências dos Estados-Membros que não participam na cooperação reforçada. Esta posição não pode ser aceite, pois é contrária à redacção inequívoca do artigo 230.° CE.

ras, mas não o princípio de que o denominado «método comunitário» se aplica ao acervo de Schengen no domínio da justiça e dos assuntos internos [45]. Nos termos do artigo 1.º do protocolo de Schengen, o Reino da Dinamarca faz parte do sistema de Schengen, mas o artigo 3.º deste protocolo, enquanto *lex specialis,* regula a sua posição especial.

86. Também foi anexo ao Tratado de Amesterdão um protocolo especial relativo à posição da Dinamarca. Nos termos do artigo 5.º deste protocolo, o acervo de Schengen faz parte, para a Dinamarca, do direito internacional público [46]. Com base no princípio da integridade, o artigo 5.º, n.º 2, deste protocolo permite aos outros Estados Schengen, em especial, invocar o princípio de reciprocidade *(tu quoque)* no caso de a Dinamarca decidir não adoptar uma decisão do Conselho sobre uma proposta ou iniciativa baseada no acervo de Schengen.

2. Novos Estados-Membros

87. Uma vez que o recurso foi interposto antes da entrada em vigor do Tratado de adesão à União Europeia da República da Bulgária e da Roménia, a minha análise limitar-se-á, em conformidade com o princípio *tempus regit actum,* à adesão da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca à União Europeia. Em todo o caso, a posição da Bulgária e da Roménia corresponde essencialmente à dos Estados-Membros que aderiram em 2004 [47].

88. A posição dos novos Estados Membros é regulada, em termos gerais, pelo artigo 8.º do protocolo de Schengen, nos termos do qual «[p]ara efeitos das negociações de adesão de novos Estados-Membros à União Europeia, o acervo de Schengen e as demais medidas adoptadas pelas instituições no seu âmbito de aplicação entendem-se como sendo um acervo que deve ser aceite na totalidade por todos os Estados candidatos à adesão» [48].

45 — *Ibidem,* p. 103; Gautier, M. (já referido na nota 14, n.º 39). Estes autores salientam que o Reino da Dinamarca não aceita o facto de que todo o acervo de Schengen se tenha tornado parte do direito comunitário, tendo em conta as características deste direito. Consequentemente, rejeita a abordagem supranacional do primeiro pilar e prefere a abordagem intergovernamental adoptada em relação ao terceiro pilar.

46 — Jacqué, J-P. (já referido na nota 21, p. 163).

47 — Gautier, M. (já referido na nota 18, n.º 36).

48 — *Ibidem,* n.º 36. Por outras palavras, os dez novos Estados-Membros que aderiram em 2004 devem cooperar no acervo de Schengen a contar da data de adesão, uma vez que este acervo faz parte do acervo comunitário que eles tiveram de aceitar. V. também o artigo 3.º, n.º 1, do Acto relativo às condições de adesão da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca e às adaptações dos Tratados em que se funda a União Europeia.

89. As disposições do acervo de Schengen não contempladas no n.º 1 do artigo 3.º do Acto relativo às condições de adesão vinculam os novos Estados-Membros a partir da data de adesão, embora só sejam aplicáveis por força de uma decisão do Conselho para o efeito, após verificação, segundo os procedimentos de avaliação de Schengen aplicáveis, do cumprimento das condições necessárias à aplicação de todas as partes do acervo em causa e após consulta do Parlamento Europeu [49]. O direito primário estabelece, assim, que os novos Estados-Membros devem tornar-se Estados Schengen logo que se verifiquem as condições previstas nos procedimentos de avaliação de Schengen [50]. Por conseguinte, a posição dos novos Estados-Membros pode definir-se, mais correctamente, como uma espécie de período transitório.

3. Islândia e Noruega

90. A Islândia e a Noruega, juntamente com a Suécia, a Finlândia e a Dinamarca, constituem a União Nórdica de Passaportes, onde os controlos internos das fronteiras foram abolidos desde 1957 [51]. A Suécia, a Finlândia e a Dinamarca também se tornaram, assim, Estados Schengen com a assinatura e a entrada em vigor do Acordo de Schengen.

91. Desde a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, a posição destes dois Estados é regulada pelo artigo 6.º do protocolo de Schengen, que permite à Islândia e à Noruega, apesar de não serem Estados-Membros da União Europeia, cooperar no acervo de Schengen. Por este motivo, o artigo 6.º deste protocolo não deve ser considerado uma disposição de direito da Comunidade Europeia ou da União, mas uma disposição de direito internacional que regula as relações entre a União e dois países terceiros.

C — *Posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao acervo de Schengen*

92. O Reino Unido e a Irlanda não cooperam na política de abolição dos controlos

49 — Tal resulta do artigo 3.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Acto relativo às condições de adesão da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca e às adaptações dos Tratados em que se funda a União Europeia.

50 — Mariani, T. — *Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur la politique européenne des visas* (documentos E 2811, E 3023, E 3159 e E 3208), Paris, 2007, p. 20.

51 — Van Simaeys, B., Carlier, J.-Y. (já referido na nota 23, p. 258). A União Nórdica de Passaportes é uma federação dos países nórdicos, onde os cidadãos podem atravessar as fronteiras comuns sem passaportes.

pessoais nas fronteiras internas e não desejam ficar vinculados pelas regras jurídicas comunitárias respeitantes aos nacionais de países terceiros [52]. Assim, o protocolo de Schengen determina que o Reino Unido e a Irlanda não se encontram vinculados pelo acervo de Schengen [53]. Contudo, com base no artigo 4.º do protocolo de Schengen, o Reino Unido e a Irlanda podem, a todo o tempo, requerer a possibilidade de aplicar, no todo ou em parte, as disposições deste acervo.

93. O protocolo relativo ao título IV permite ao Reino Unido e à Irlanda não participar (*opt-out*) nas disposições legislativas adoptadas com base no título IV CE [54]. As medidas adoptadas com base no título IV CE não vinculam estes Estados [55].

94. O Reino Unido e a Irlanda cooperam nas denominadas «medidas compensatórias» do acervo de Schengen e no seu futuro desenvolvimento [56]. A doutrina descreve a posição do Reino Unido como parecendo implicar uma rejeição total da livre circulação de pessoas sem controlos nas fronteiras internas, acompanhada, no entanto, do desejo de cooperar na parte repressiva do regime jurídico da livre circulação [57].

95. O Conselho teve em conta a vontade do Reino Unido e determinou, através da Decisão 2000/365, as partes do acervo de Schengen nas quais este Estado participa. O artigo 8.º, n.º 2, desta decisão estabelece claramente que se considera que o Reino Unido notificou o presidente do Conselho, nos termos do artigo 5.º do protocolo de Schengen, do seu desejo de participar em todas as propostas e iniciativas baseadas no acervo de Schengen, referidas no artigo 1.º da decisão [58].

52 — Gautier, M. (já referido na nota 18, n.º 31), onde também é feita referência ao protocolo relativo à aplicação de certos aspectos do artigo 14.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia ao Reino Unido e à Irlanda, que prevê que o Reino Unido e a Irlanda podem manter os controlos das pessoas que atravessam as suas fronteiras.

53 — *Ibidem*, n.ºs 30 e 32.

54 — Artigo 1.º do protocolo relativo ao título IV.

55 — Artigo 2.º do protocolo relativo ao título IV. Nos termos do Tratado de Amesterdão, o Reino Unido não só não coopera no acervo de Schengen, mas também tem o direito de não participar (*opt-out*) em relação à totalidade do espaço de liberdade, de segurança e de justiça (já referido na nota 14, p. 90).

56 — *Ibidem*, p. 82, precisa que o conteúdo do acervo de Schengen não se limita à mera administração das fronteiras internas e à gestão comum das fronteiras externas, mas também se alarga às medidas compensatórias nos domínio da cooperação policial, política de vistos, intercâmbio de informações no âmbito do SIS e da rede Sirene, que contêm dados relativos a cidadãos de países terceiros. Outros autores salientam que, em determinados sectores, as medidas compensatórias representam um fenómeno de maior amplitude, que elas afectam a União no seu todo e que, portanto, não estão só relacionadas com o acervo de Schengen (Gautier, M., já referido na nota 18, n.º 84), que refere, a este propósito, em especial, a luta contra a imigração ilegal dos nacionais de países terceiros para os Estados-Membros).

57 — Gautier, M. (já referido na nota 18, n.º 32).

58 — O artigo 1.º da Decisão 2000/365 enumera as disposições do acervo de Schengen que se aplicam ao Reino Unido. V., também, a Decisão 2004/926/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2004, relativa à produção de efeitos de parte do acervo de Schengen no Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (JO L 395, p. 70).

D — *Articulação entre os artigos 4.º e 5.º do Protocolo de Schengen*

96. O presente processo levanta a questão da articulação entre o artigo 4.º e o artigo 5.º do protocolo de Schengen, que se referem ambos à posição do Reino Unido e da Irlanda. O n.º 1 do artigo 5.º contém uma espécie de *ius variandi* — um direito de escolha que é concedido ao Reino Unido e à Irlanda em relação às novas medidas jurídicas do acervo de Schengen [59]. Ao contrário do que se passa relativamente à adopção de medidas já existentes neste domínio, o consentimento dos outros Estados-Membros participantes ou da Comissão não é necessário para a cooperação do Reino Unido e da Irlanda com base no artigo 5.º do protocolo de Schengen. O n.º 1 do artigo 5.º do protocolo exige apenas a notificação escrita pelo Reino Unido ou pela Irlanda do seu desejo de participar em propostas e iniciativas baseadas no acervo de Schengen. Após a notificação oficial, o Reino Unido e a Irlanda têm os mesmos direitos e as mesmas obrigações que os restantes Estados Schengen e podem participar na adopção destes actos. Isto significa, em última análise, que estes dois Estados podem, com o seu comportamento, retardar ou mesmo bloquear completamente a adopção de qualquer medida Schengen [60].

97. A doutrina e a jurisprudência ainda não se pronunciaram sobre a questão de saber se o artigo 5.º do protocolo de Schengen, com o mecanismo da declaração unilateral de intenção, também se aplica às medidas jurídicas que desenvolvem o actual acervo de Schengen, mas às quais o Reino Unido e a Irlanda não aderiram nos termos do artigo 4.º deste protocolo. Uma certa doutrina parte do pressuposto de que, por força de uma limitação lógica e sistemática, deve ser negado ao Reino Unido e à Irlanda o direito de cooperar no desenvolvimento do acervo, nos termos do artigo 5.º do protocolo de Schengen, sempre que o aprofundamento não possa existir autonomamente. Este entendimento também se aplica sempre que a medida de aprofundamento do acervo não possa ser aplicada sem a aplicação concomitante das medidas e actos que não se aplicam à Irlanda e ao Reino Unido [61].

98. Por um lado, certos autores sustentam que o Reino Unido ou a Irlanda só podem cooperar nesses actos jurídicos se, a título preliminar, observarem o procedimento previsto no artigo 4.º do protocolo de Schengen [62]. Por outro lado, também se observa que não é certo que o artigo 4.º se possa aplicar à adopção de actos baseados no acervo de Schengen, uma vez que, de um ponto de vista sistemático, este artigo precede o artigo 5.º, que regula a possibili-

59 — Thym, D. (já referido na nota 14, p. 96).

60 — *Ibidem*, p. 96. O autor afirma que, devido à natureza especial do protocolo de Schengen, que resulta do artigo 7.º do protocolo relativo ao título IV, a proibição do obstrucionismo, que se aplica por via de regra às outras áreas de cooperação jurídica no espaço de liberdade, de segurança e de justiça, não se aplica ao acervo de Schengen.

61 — *Ibidem*, p. 97. O autor também refere a abordagem que procura alargar a exigência do consenso dos Estados Schengen, mencionada no artigo 4.º do protocolo de Schengen, ao artigo 5.º do protocolo. Daí resultaria, em última análise, que os artigos 4.º e 5.º possuem, cada um, o seu próprio âmbito de aplicação, em conformidade com a tese da independência.

62 — *Ibidem*, p. 98.

dade de aprofundamento [63]. Em especial, a doutrina inglesa afirma que a cooperação do Reino Unido nas medidas de aprofundamento do acervo de Schengen não exige o consentimento dos Estados Schengen [64], que, em contrapartida, é necessário nos termos do artigo 4.º do protocolo de Schengen.

99. Resulta, porém, de uma análise mais aprofundada que o alcance do *ius variandi* de que dispõe o Reino Unido, nos termos do artigo 5.º do protocolo de Schengen, é mais reduzido do que poderia parecer à primeira vista.

100. Não há dúvida de que o Reino Unido e a Irlanda podem participar no aprofundamento de uma medida do acervo de Schengen na qual cooperam com base no artigo 4.º do protocolo de Schengen.

101. Se, no entanto, o Reino Unido e a Irlanda não cooperam, com base no artigo 4.º, no domínio que é aprofundado, a situação é diferente. A aplicação do procedimento nos termos do artigo 5.º do protocolo de Schengen sem a aplicação do artigo 4.º do mesmo protocolo só é possível no caso de uma medida baseada neste acervo que possa ser aplicada autonomamente. O *ius variandi* está limitado apenas às propostas e iniciativas baseadas no acervo de Schengen susceptíveis de aplicação autónoma [65]. Se o Reino Unido ou a Irlanda pudessem, apenas com base no mecanismo previsto no artigo 5.º do protocolo de Schengen, participar na cooperação Schengen num domínio que exige, para este efeito, a aplicação prévia do artigo 4.º do protocolo, o *effet utile* deste artigo seria comprometido [66]. Este problema foi apreciado pela Comissão nas suas observações escritas. No seu entender, tal implicaria a aplicação ao Reino Unido de uma parte do acervo de Schengen, mesmo que este Estado não tivesse, por sua própria iniciativa, a ele aderido. Por conseguinte, a cooperação do Reino Unido e da Irlanda no aprofundamento de uma parte do acervo de Schengen está, por via de regra, sujeito à aplicação prévia do procedimento nos termos do artigo 4.º do protocolo de Schengen [67]. Subjacente à Decisão 2000/365 está um entendimento semelhante da articulação entre os artigos 4.º e 5.º do protocolo em questão. Esta decisão foi adoptada tendo como base jurídica o artigo 4.º do protocolo de Schengen [68]. As regras que regulam a

63 — Schauer, M. — *Schengen — Maastricht — Amsterdam, Auf dem Weg zu einer flexiblen Union*, Viena, 2000, p. 215. O autor baseia-se no pressuposto de que o artigo 5.º constitui uma *lex specialis* em relação ao artigo 4.º do protocolo de Schengen.

64 — Dougan, M. — «Union Competences», in: Arnull, A., Dashwood, A., Dougan, M., Ross, M., Spaventa, E., Wyatt, D. — *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 5.ª ed., Londres, 2006, p. 115. O autor trata a questão da posição do Reino Unido face ao acervo de Schengen como parte do novo princípio organizacional de flexibilidade da União. No protocolo de Schengen, identifica um fenómeno de «flexibilidade primária», porque esta é regulada pelos Tratados fundadores.

65 — Thym, D. (já referido na nota 14, p. 98).

66 — Quanto ao princípio do *effet utile* na interpretação dos tratados internacionais, a doutrina sustenta que este princípio está estreitamente ligado à interpretação teleológica dos tratados internacionais [Stein, T., von Buttlar, C. — *Völkerrecht*, 11.ª ed. (completamente reformulada), Colónia, 2005, p. 28].

67 — Thym, D. (já referido na nota 14, p. 98). O autor sublinha que uma declaração unilateral de intenção, baseada na decisão discricionária de cooperar, conforme previsto no artigo 5.º do protocolo de Schengen, não será, portanto, muito significativa para o aprofundamento de medidas ou domínios não susceptíveis de aplicação autónoma.

68 — O texto relativo à base jurídica da Decisão 2000/365 é o seguinte: «[t]endo em conta o artigo 4.º do protocolo que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia, anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que institui a Comunidade Europeia, a seguir designado 'Protocolo de Schengen' [...]».

aplicação do procedimento previsto no artigo 5.º do protocolo de Schengen apenas são referidas no artigo 8.º, n.º 2, de Decisão 2000/365. Isto significa, por conseguinte, que a única base jurídica das regras sobre a aplicação do mecanismo previsto no artigo 5.º do protocolo de Schengen é o artigo 4.º deste protocolo. Além disso, tal é claramente confirmado pela prática de recurso ao procedimento previsto no artigo 4.º antes do procedimento previsto no artigo 5.º no âmbito do protocolo de Schengen.

102. Por conseguinte, é necessário determinar se o Regulamento n.º 2252/2004 é uma medida baseada no acervo de Schengen susceptível de aplicação autónoma. Conforme referi, a abolição dos controlos de pessoas nas fronteiras internas constitui uma característica essencial do acervo de Schengen. Contudo, a abolição das fronteiras internas está necessariamente ligada à uniformização dos controlos nas fronteiras externas [69]. Assim, os controlos nas fronteiras externas também fazem parte do acervo de Schengen [70].

103. O artigo 1.º, n.º 3, do Regulamento n.º 2252/2004 determina que «[este] regulamento é aplicável aos passaportes e documentos de viagem emitidos pelos Estados-Membros». Historicamente, a legislação em matéria de passaportes e documentos de viagem teve inicialmente o objectivo primário de controlo dos próprios nacionais quando estes viajavam para o estrangeiro. Em segundo lugar, esta legislação constitui ainda hoje um meio de controlo da entrada de estrangeiros no país [71]. Os passaportes são instrumentos jurídicos internacionalmente reconhecidos, essenciais, segundo a doutrina, para permitir a livre circulação de pessoas entre Estados [72]. Devido às normas especiais do acervo de Schengen que aboliram os controlos de pessoas nas fronteiras internas, o movimento internacional de pessoas, em relação às quais é exigido o controlo de passaportes, tem lugar nas fronteiras externas dos Estados Schengen [73].

104. Embora o Regulamento n.º 2252/2004 apenas regule as normas mínimas de segurança, estas incluem, nos termos do artigo 1.º,

69 — Oppermann, T. — *Europarecht*, Munique, 2005, p. 504.

70 — Em 2006, foi adoptado o Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen) (JO L 105, p. 1). O vigésimo sétimo considerando deste regulamento refere claramente que «[este] regulamento constitui um desenvolvimento das disposições do acervo de Schengen em que o Reino Unido não participa, nos termos da Decisão 2000/365/CE do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o pedido do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte para participar em algumas das disposições do acervo de Schengen, pelo que o Reino Unido não participa na sua aprovação e não fica a ele vinculado nem sujeito à sua aplicação.» Nos termos do artigo 1.º, este regulamento tem por objecto dois aspectos, considerados numa base de equivalência, a saber, em primeiro lugar, o princípio da ausência de controlo de pessoas na passagem das fronteiras internas entre os Estados-Membros da União Europeia e, em segundo lugar, as normas aplicáveis ao controlo de pessoas na passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros da União Europeia.

71 — Graßhof, M. — «Melderecht, Reisepassrecht, Namensrecht, Staatsangehörigkeits- und Einbürgerungsrecht», in: Bergmann, Jan e Kenntner, Markus (editores), Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, Estugarda, 2002, pp. 301, 307 e 310, sustenta que os passaportes e documentos são mecanismos de controlo para a verificação da identidade e da nacionalidade das pessoas.

72 — *Ibidem*, p. 309.

73 — Oppermann, T. (já referido na nota 69, p. 505); Harms, K. — «Ausländerrecht», in: Bergmann, Kenntner, *Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, p. 166, chama a atenção para o artigo 61.º, alínea a), CE, que prevê que «[n]o prazo de cinco anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amesterdão», o Conselho adoptará «medidas destinadas a assegurar a livre circulação de pessoas [...] em conjugação com medidas de acompanhamento, com ela directamente relacionadas, em matéria de controlos na fronteira externa, asilo e imigração».

n.º 2, do regulamento, dados de controlo que devem ser verificados na passagem das fronteiras externas, tais como, por exemplo, uma imagem facial e impressões digitais. Estes dados de controlo mostram o verdadeiro papel do regulamento. A verificação destes dados, em especial da imagem facial, constitui a parte essencial dos controlos de pessoas na passagem das fronteiras externas do espaço de Schengen. Por outras palavras, estes dados de controlo, como a imagem facial, são utilizados no controlo de pessoas na passagem das fronteiras. O Regulamento n.º 2252/2004 não pode, por conseguinte, ser aplicado de forma independente.

105. De acordo com a definição dada no n.º 97 *supra*, tal significa que o Regulamento n.º 2252/2004 não pode ser aplicado sem a aplicação concomitante de outras medidas jurídicas do acervo de Schengen [74]. Tal demonstra, no caso concreto, que a tese de que o artigo 5.º está subordinado ao artigo 4.º do protocolo de Schengen, defendida, em especial, pelo Conselho e pela Comissão, é uma interpretação correcta deste protocolo.

74 — A fim de determinar a parte do ordenamento jurídico a que pertence o Regulamento n.º 2252/2004, pode-se referir o exemplo do artigo 1.º, ponto A, da Decisão 1999/437/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1999, relativa a determinadas regras de aplicação do Acordo celebrado pelo Conselho da União Europeia com a República da Islândia e o Reino da Noruega relativo à associação dos dois Estados à execução, à aplicação e ao desenvolvimento do acervo de Schengen (JO L 176, p. 31). Este artigo prevê que as disposições relativas à «[p]assagem de pessoas pelas fronteiras externas dos Estados que decidiram suprimir os controlos nas suas fronteiras internas, incluindo normas e regras que os Estados em causa devem respeitar para efectuar os controlos de pessoas nas fronteiras externas, vigilância das zonas fronteiriças e cooperação entre os serviços competentes no domínio dos controlos nas fronteiras» fazem parte do acervo de Schengen.

106. Esta conclusão não é prejudicada pela referência às declarações n.os 45 e 46 anexas ao Tratado de Amesterdão. A declaração n.º 45 refere-se expressamente ao procedimento previsto no artigo 4.º do protocolo de Schengen e não ao do artigo 5.º

107. Considero que a declaração n.º 46 anexa ao Tratado de Amesterdão mostra que a acção dos Estados Schengen no âmbito do aprofundamento do acervo de Schengen está sujeita ao procedimento previsto no artigo 4.º do protocolo de Schengen. Não é admissível uma interpretação desta declaração no sentido de esta constituir uma ameaça para o princípio da integridade do acervo de Schengen.

E — *Princípio da integridade*

108. O segundo considerando da Decisão 2000/365, respeitante à posição do Reino Unido, sublinha o significado do princípio da integridade do acervo de Schengen: «o acervo de Schengen foi concebido e está a funcionar como um conjunto coerente que tem de ser plenamente aceite e aplicado por todos os Estados-Membros que apoiam o

princípio da abolição dos controlos de pessoas nas suas fronteiras comuns» [75].

109. Este princípio também é reconhecido no artigo 8.º do protocolo de Schengen, que determina que os Estados candidatos à adesão à União devem aceitar na totalidade o acervo de Schengen.

110. O princípio da integridade do acervo de Schengen é uma concretização do princípio jurídico geral *qui habet commoda ferre debet onera et contra* (quem goza dos benefícios, também deve suportar os encargos e vice-versa), que também é reconhecido no direito internacional público. No que diz respeito a este princípio jurídico, a doutrina [76] refere, em relação ao primeiro pilar, entre outros, o acórdão do Tribunal de Justiça no processo 39/72 [77], onde é referido que «[é], [...], inadmissível que um Estado-Membro aplique de forma incompleta ou selectiva as disposições de um regulamento comunitário, de modo a prejudicar a aplicação de certos elementos da legislação comunitária a respeito dos quais tenha manifestado a sua oposição ou que julgue contrários a certos interesses nacionais [...]. A ruptura unilateral, por parte de um Estado-Membro, em obediência ao que considera ser o interesse nacional, do equilíbrio entre as vantagens e os ónus que decorrem da sua pertença à Comunidade, põe em causa a igualdade dos Estados-Membros face ao direito comunitário e cria discriminações em prejuízo dos seus nacionais [...]». Este raciocínio pode facilmente aplicar-se ao acervo de Schengen.

111. O princípio da integridade do acervo de Schengen protege não só o equilíbrio entre os Estados Schengen em termos de desenvolvimento e de aplicação do acervo de Schengen, mas também o acervo no seu todo [78]. Devido à protecção da totalidade do acervo de Schengen, este princípio representa a expressão do interesse geral dos países Schengen.

112. A cooperação numa parte do acervo de Schengen exige, por força do princípio da integridade, que qualquer Estado-Membro que coopere de alguma forma no acervo de Schengen deva aceitar tanto as vantagens como os encargos inerentes à cooperação nessa parte do acervo. Por este motivo, o princípio da integridade não permite a livre escolha da cooperação, com base no artigo 5.º do protocolo de Schengen, numa medida de desenvolvimento do acervo de Schengen quando não seja possível aplicar esta medida

75 — De igual modo, o segundo considerando da Decisão 2002/192/CE do Conselho, de 28 de Fevereiro de 2002, sobre o pedido da Irlanda para participar em algumas das disposições do acervo de Schengen (JO L 64, p. 20) afirma que «[o] acervo de Schengen foi concebido e funciona como um conjunto coerente que tem de ser plenamente aceite e aplicado por todos os Estados-Membros que apoiam o princípio da abolição dos controlos de pessoas nas suas fronteiras comuns».

76 — Kolb, R. — «La maxime *qui habet commoda, ferre debet onera et contra* (celui qui jouit des avantages doit supporter aussi les charges et vice versa) en droit international public», *Revue Belge de Droit International*, 2004, pp. 12(23).

77 — Acórdão de 7 de Fevereiro de 1973, Comissão/Itália (39/72, Colect., p. 39), n.os 20 e 24.

78 — De Kerchove d'Ousselghem, G. — «Un espace de liberté, de sécurité et de justice aux dimensions incertaines. Quelques réflexions sur le recours aux coopérations renforcées en matière de justice et d'affaires intérieures, in: Lejeune, Y. (ed.): Le traité d'*Amsterdam, Espoirs et déceptions*, Bruxelas, 1999, p. 290. O autor sublinha que o desejo de uma maior coerência (cohérence) na cooperação de Schengen foi a principal razão da integração do acervo de Schengen no âmbito da União Europeia.

de forma autónoma. O raciocínio exposto nos n.os 97 a 102 *supra* mostra que o Regulamento n.º 2252/2004 não pode ser aplicado de forma autónoma. A vantagem associada, no caso concreto, à cooperação do Reino Unido no Regulamento n.º 2252/2004 é constituída pelas normas mínimas comuns e especificações técnicas que regula a legibilidade electrónica dos documentos de viagem. Por outro lado, o encargo a suportar é o de cooperar nesta parte do acervo de Schengen da qual o Regulamento n.º 2252/2004 constitui um aprofundamento.

F — *Natureza alegadamente contraditória da actuação do Conselho para determinar se se trata de uma medida baseada no acervo de Schengen*

113. Nas suas observações escritas e na audiência, o Reino Unido chamou especial atenção para o facto de ter sido autorizado pelo Conselho, em determinados casos, a cooperar em medidas baseadas no acervo de Schengen. Assim, o Reino Unido refere, nomeadamente, a Directiva 2001/51, a Decisão 2002/463 do Conselho, de 13 de Junho de 2002, que adopta um programa de acção de cooperação administrativa em matéria de fronteiras externas, vistos, asilo e imigração (programa ARGO) (a seguir «Decisão 2002/463»)[79], o Regulamento n.º 377/2004 e a Decisão 2005/267, e afirma que o conceito de «medida baseada no acervo de Schengen» é impreciso e obscuro.

114. Para determinar se uma medida é baseada no acervo de Schengen, o Conselho utiliza um teste de dois graus. A primeira fase determina se se trata de uma medida ordinária abrangida pelo âmbito de aplicação do título IV CE ou de uma medida que faz parte do acervo de Schengen[80]. A segunda fase, por outro lado, determina se a questão é essencial para a livre circulação de pessoas num espaço onde os controlos de pessoas nas fronteiras internas foram abolidos. Este processo em duas etapas é comparável ao exame levado a cabo em relação ao primeiro pilar, para efeitos de escolha da base jurídica correcta de um acto de uma instituição. O Tribunal de Justiça declarou que «[n]o quadro do sistema de competências da Comunidade, a escolha da base jurídica de um acto deve assentar em elementos objectivos susceptíveis de fiscalização jurisdicional. Entre esses elementos figuram, designadamente, a finalidade e o conteúdo do acto»[81].

115. O teste de dois graus do Conselho permite ao Tribunal de Justiça averiguar, com base em factores objectivos, se se trata de uma medida baseada no acervo de Schengen. Os factores objectivos em que se baseia o teste incluem a determinação da

79 — JO L 161, p. 11.

80 — Uma certa doutrina defende que os actos que modificam o acervo de Schengen existente constituem, sem dúvida, uma parte do desenvolvimento deste acervo. Por outro lado, no caso das medidas que não modificam o acervo de Schengen existente, a situação pode ser diferente (Bracke, N. — «Flexibility, Justice Cooperation and the Treaty of Amsterdam», in Marinho, C. — *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam*, Maastricht, 2001, p. 65).

81 — Acórdãos de 4 de Abril de 2000, Comissão/Conselho (C-269/97, Colect., p. I-2257), n.º 43; de 30 de Janeiro de 2001, Espanha/Conselho (C-36/98, Colect., p. I-779), n.º 58; e de 6 de Dezembro de 2005, ABNA e o. (C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, Colect., p. I-10423, n.º 54).

questão de saber se, *ratione material*, a medida pode, em termos gerais, ser associada ao acervo de Schengen, e a determinação da questão de saber se a respectiva matéria é essencial para a livre circulação de pessoas num espaço onde as fronteiras internas foram abolidas.

116. Resulta de jurisprudência assente «que o princípio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito comunitário, exige que os instrumentos que uma disposição comunitária põe em execução sejam aptos a realizar o objectivo visado e não vão além do que é necessário para o atingir» [82]. «No que respeita à fiscalização jurisdicional das condições referidas [...], recorde-se que há que reconhecer ao legislador comunitário um amplo poder de apreciação num domínio como o do caso vertente, que implica escolhas de natureza política, económica e social da sua parte, em que é chamado a efectuar apreciações complexas. Por conseguinte, só o carácter manifestamente desproporcionado de uma medida adoptada nesse domínio, em relação ao objectivo que as instituições competentes pretendem prosseguir, pode afectar a legalidade de tal medida» [83].

117. O teste de dois graus do Conselho não é manifestamente desproporcionado, na medida em que é apto a atingir o objectivo prosseguido, a saber, o de determinar se a medida proposta é uma medida baseada no acervo de Schengen. Por conseguinte, as alegações de que o conceito de acervo de Schengen é excessivamente vago são infundadas.

118. O objectivo de Regulamento n.º 377/2004 consiste na criação de uma rede de agentes de ligação da imigração. Segundo o décimo considerando deste regulamento, o Reino Unido participa neste regulamento, nos termos do artigo 5.º do protocolo de Schengen e do n.º 2 do artigo 8.º da Decisão 2000/365/CE. O artigo 8.º, n.º 2, da Decisão 2000/365 confirma que o Reino Unido coopera neste domínio do acervo de Schengen e introduz a presunção [84] de que a notificação referida no n.º 1 do artigo 5.º do protocolo de Schengen foi efectuada. Também o décimo segundo considerando da Decisão 2005/267, que estabelece uma rede segura de informação e de coordenação acessível através da Internet para o intercâmbio de informações sobre a migração clandestina, a entrada e a imigração ilegais e o regresso de residentes em situação ilegal, destaca a aplicação do procedimento nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do protocolo de Schengen. Este considerando refere que o artigo 8.º, n.º 2, da Decisão 2000/365 foi

82 — Acórdão ABNA e o. (já referido na nota 79, n.º 68).

83 — Acórdão ABNA e o. (já referido na nota 79, n.º 69).

84 — A presunção baseia-se na frase «considera-se irrevogavelmente que o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte notificou o presidente do Conselho, nos termos do artigo 5.º do protocolo de Schengen, do seu desejo de participar em todas as propostas e iniciativas baseadas no acervo de Schengen, referidas no artigo 1.º».

aplicado, na medida em que as disposições da Decisão 2005/267 desenvolvem disposições do acervo de Schengen contra a organização da imigração ilegal em que o Reino Unido participa [85]. Por conseguinte, quanto aos actos jurídicos em questão, o artigo 5.º do protocolo de Schengen foi correctamente aplicado por força da autorização que teve como base jurídica o artigo 4.º deste protocolo.

119. A Directiva 2001/51 completa as disposições do artigo 26.º CAA no que diz respeito às obrigações das empresas que efectuam o transporte de nacionais de países terceiros para o território dos Estados-Membros. Esta directiva constitui um exemplo de uma medida adoptada com base no título IV CE, na qual o Reino Unido participa por força do artigo 1.º da Decisão 2000/365. O sétimo considerando desta directiva explica que «[n]os termos do artigo 3.º do protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda, anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que institui a Comunidade Europeia, o Reino Unido notificou, [...] o seu desejo de participar na adopção e aplicação do presente instrumento». Contudo, o décimo considerando da mesma directiva indica, referindo-se à Islândia e à Noruega, que «esta directiva constitui um desenvolvimento do acervo de Schengen [...]» [86]. A directiva em questão constitui, assim, um desenvolvimento do acervo de Schengen, mas não uma medida ordinária baseada no título IV. Pelo que a aplicação do protocolo relativo ao título IV terá sido incorrecta.

120. A Directiva 2001/40 tem por objectivo o reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros e, por conseguinte, o reconhecimento de uma decisão de afastamento emitida por uma autoridade competente de um Estado-Membro contra um nacional de um país terceiro que se encontre no território de outro Estado-Membro. O sexto considerando desta directiva refere que, nos termos do artigo 3.º do protocolo relativo ao título IV, o Reino Unido notificou o seu desejo de participar na adopção e na aplicação da directiva. A doutrina afirma que, no caso desta directiva, a aplicação do artigo 3.º do protocolo relativo ao título IV foi incorrecta, uma vez que se trata, manifestamente, de uma medida baseada no acervo de Schengen. Contudo, a doutrina observa, de igual modo, que a directiva em questão é uma medida baseada no acervo de Schengen susceptível de aplicação autónoma, e que constitui, por conseguinte, um exemplo típico da aplicação do artigo 5.º do protocolo de Schengen [87].

121. A Decisão 2004/573 coordena as operações conjuntas de afastamento por via

85 — Importa referir que o considerando referido também indica que foi aplicado o artigo 3.º do protocolo relativo ao título IV por se tratar de uma medida baseada no título IV CE.

86 — Thym, D. (já referido na nota 14, p. 98), afirma que, em relação a actos jurídicos semelhantes, à luz do teor dos considerandos relativos à Noruega e à Islândia, está claramente em causa um desenvolvimento do acervo de Schengen. Assim, o motivo pelo qual estes referem o protocolo relativo ao título IV não é claro.

87 — Thym, D. (já referido na nota 14, p. 98).

aérea, do território de dois ou mais Estados-Membros, de nacionais de países terceiros que estejam sujeitos a decisões individuais de afastamento. Resulta claramente do décimo primeiro e do décimo segundo considerandos desta decisão que se trata de uma medida que desenvolve o acervo de Schengen. O quarto considerando da mesma decisão estabelece claramente que a Comunidade deve evitar que exista uma lacuna em matéria de organização de voos comuns. A utilização do termo «lacuna» deixa claro que a decisão em questão pode ser aplicada de forma autónoma. Por conseguinte, a Decisão 2004/573 também constitui uma medida baseada no acervo de Schengen que pode ser aplicada de forma autónoma. Isto significa que o Reino Unido pode aderir à mesma, por força do artigo 5.º do protocolo de Schengen.

122. A Decisão 2002/463 (programa ARGO) destina-se a promover a cooperação entre as autoridades administrativas e judiciais nacionais dos Estados-Membros, promover uma aplicação uniforme do direito comunitário, melhorar a eficácia geral das autoridades administrativas e judiciais nacionais dos Estados-Membros no desempenho das suas funções de execução das regras comunitárias e incentivar a transparência das acções das autoridades administrativas e judiciais nacionais dos Estados-Membros, mediante o reforço das relações destas com outras organizações governamentais e não governamentais, nacionais e internacionais competentes. O décimo segundo considerando da Decisão 2002/463 também refere que, nos termos do artigo 3.º do protocolo relativo ao título IV, o Reino Unido comunicou a sua intenção de participar na aprovação e aplicação da decisão em questão. Ao determinar a relação entre a Decisão 2002/463 e a abolição dos controlos nas fronteiras internas, o Conselho concluiu que a decisão não era uma medida baseada no acervo de Schengen. Se analisarmos os objectivos referidos no artigo 3.º e as acções referidas no capítulo II, assim como, em especial, os tipos de acções descritos no artigo 8.º de Decisão 2002/463 [88], resulta claramente que estes não são essenciais para a livre circulação de pessoas. Na verdade, trata-se de um acto jurídico ordinário baseado no título IV CE. Por conseguinte, o Conselho concluiu correctamente que não se tratava de uma medida baseada no acervo de Schengen.

123. O Regulamento n.º 334/2002 [89] estabelece um modelo-tipo de visto. Trata-se de uma medida abrangida pelo título IV CE, com base na Decisão 2000/365, relativa a uma parte do acervo de Schengen na qual o Reino Unido não participa. O Conselho precisou que o regulamento em questão altera o Regulamento n.º 1683/95 [90], que foi adoptado como uma medida do primeiro pilar, ainda antes da entrada em vigor do

88 — O artigo 8.º da Decisão 2002/463 enumera os seguintes tipos de acções: acções de formação, intercâmbio de funcionários, acções que promovam o tratamento informatizado de ficheiros e procedimentos, incluindo a utilização das técnicas mais actualizadas de intercâmbio electrónico de dados, avaliação do impacto de regras e procedimentos comuns fundamentados nos artigos 62.º e 63.º do Tratado, acções destinadas a promover o desenvolvimento das melhores práticas, tendo em vista melhorar os métodos de trabalho e os equipamentos, simplificar os procedimentos e reduzir os prazos, acções operacionais que podem incluir a criação de centros operacionais comuns e de equipas compostas por funcionários de diferentes países, estudos, investigações, conferências e seminários, mecanismos de consulta que associem as organizações nacionais e internacionais, governamentais e não governamentais competentes, actividades dos Estados-Membros em países terceiros, nomeadamente, campanhas de informação em países de origem e de trânsito, luta contra a fraude documental.

89 — Regulamento (CE) n.º 334/2002 do Conselho, de 18 de Fevereiro de 2002, que altera o Regulamento (CE) n.º 1683/95 que estabelece um modelo-tipo de visto (JO L 53, p. 7).

90 — Regulamento (CE) n.º 1683/95 do Conselho, de 29 de Maio de 1995, que estabelece um modelo-tipo de visto (JO L 164, p. 1).

Tratado de Amesterdão, com base no artigo 100.°-C, n.° 3, do Tratado que institui a Comunidade Europeia, então em vigor. Para o Conselho, estas são circunstâncias especiais que permitiram ao Reino Unido participar na adopção do Regulamento n.° 334/2002. De facto, é difícil compreender, *prima facie*, por que motivo o Conselho, ao adoptar este regulamento, aceitou a existência de circunstâncias especiais, pelo facto de o Reino Unido ter cooperado na adopção do Regulamento n.° 1683/95, mas não reconheceu, por outro lado, a existência de circunstâncias semelhantes aquando da adopção do Regulamento n.° 2252/2004. O modelo-tipo de visto e as normas para os dispositivos de segurança dos passaportes e documentos de viagem constituem dois domínios semelhantes que, de facto, estão consideravelmente ligados ao controlo das fronteiras externas. O modelo-tipo de visto regula o controlo de nacionais de países terceiros na passagem das fronteiras externas. Contudo, as normas técnicas mínimas para passaportes e documentos de viagem apenas dizem respeito aos nacionais dos Estados Schengen, a Noruega, a Islândia e a Suíça. O objectivo do modelo-tipo de visto e das normas para os dispositivos de segurança dos passaportes e documentos de viagem é o mesmo, ou seja, o controlo nas fronteiras externas. Considero, por conseguinte, que o Conselho tratou situações semelhantes de forma desigual.

124. Há que salientar que a prática do Conselho de permitir ao Reino Unido cooperar na adopção de certas medidas no âmbito do título IV CE ou do acervo de Schengen, mesmo que fosse correcta, não constitui um precedente jurídico e não pode criar na esfera do Reino Unido o direito à aplicação do artigo 5.° do protocolo de Schengen. Segundo jurisprudência assente, «uma simples prática do Conselho não é susceptível de derrogar disposições do Tratado CE e não pode, por conseguinte, criar um precedente vinculativo para as instituições da Comunidade quanto à base jurídica correcta» [91].

G — *Alegado tratamento desigual dos nacionais britânicos e irlandeses nas fronteiras externas*

125. O facto de o Reino Unido e a Irlanda não estarem obrigados a emitir passaportes que cumpram as normas mínimas de segurança não implica discriminação dos seus nacionais, devido a um eventual tratamento desigual nas fronteiras externas. A obrigação imposta aos Estados Schengen de emitir passaportes que cumpram as normas mínimas de segurança resulta da participação no acervo de Schengen, no qual o Reino Unido não participa. O Reino Unido não está, por

91 — Acórdão de 28 de Novembro de 2006, Parlamento/Conselho (C-414/04, Colect., p. I-11279, n.° 37). Este acórdão declarou a nulidade do Regulamento (CE) n.° 1223/2004 do Conselho, de 28 de Junho de 2004, que altera o Regulamento (CE) n.° 1228/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, no que respeita à data de aplicação de certas disposições à Eslovénia (JO L 233, p. 3).

conseguinte, na mesma posição que outros Estados Schengen, a Noruega, a Islândia ou a Suíça. Por este motivo, o facto de os passaportes britânicos e irlandeses poderem ser diferentes, do ponto de vista das normas mínimas de segurança, dos passaportes dos Estados Schengen não constitui discriminação dos titulares desses passaportes [92].

126. Também gostaria de salientar o facto de o Regulamento n.º 2252/2004 poder apresentar problemas na perspectiva dos direitos fundamentais — sobretudo em relação ao artigo 8.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [93] e ao artigo 8.º da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia [94], tal como foi observado pela doutrina, em especial a alemã [95]. Contudo, o Reino Unido não impugnou o regulamento com o fundamento da violação do direito fundamental à protecção dos dados de carácter pessoal.

127. Daí resulta que o recurso interposto pelo Reino Unido não tem fundamento.

H — *Despesas*

128. Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte

92 — O Conselho observou, na sua tréplica no processo C-137/05 que, na passagem de uma fronteira externa, é realizado um controlo dos nacionais dos Estados-Membros com base na apresentação de documentos de viagem, daí resultando que o controlo dos nacionais da Irlanda e do Reino Unido é idêntico ao levado a cabo em relação aos nacionais de outros Estados-Membros, embora os documentos irlandeses e britânicos não apresentem os mesmos dispositivos de segurança.

93 — Este artigo regula o «Direito ao respeito pela vida privada e familiar» e dispõe: «1.Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2.Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.»

94 — O artigo 8.º, n.º 1, da Carta prevê «Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.»

95 — Roßnagel, A., Hornung, G. — «Reisepässe mit elektronischem Gesichtsbild und Fingerabdruck: die EG-Verordnung 2252/2004 über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten», *Die öffentliche Verwaltung*, 58 (2005), pp. 983 (896 e 897). A este respeito, chamo a atenção para o facto de a doutrina, referindo-se à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no acórdão Leander de 26 de Março de 1987, série A, n.º 116, § 48, considera que a memorização e a comunicação de dados pessoais constitui uma violação do direito ao respeito da vida privada na acepção do artigo 8.º, n.º 1, da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Sudre, F. — *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8.ª ed., alterada e completada, Paris, 2006, p. 439).

vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Uma vez que o Conselho pediu a condenação nas despesas, e tendo o Reino Unido sido vencido, há que condená-lo nas despesas.

129. Por força do disposto no primeiro parágrafo do n.º 4 do artigo 69.º do Regulamento de Processo, os Estados-Membros e as Instituições que intervenham no processo devem suportar as respectivas despesas.

VI — Conclusão

130. À luz das considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que:

1. Negue provimento ao recurso;

2. Condene o Reino Unido no pagamento das despesas;

3. Condene os intervenientes a suportar as respectivas despesas.