Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOZZI
apresentadas em 17 de abril de 2012 [1]

Processo C-355/10

Parlamento Europeu
contra

Conselho da União Europeia

«Recurso de anulação — Decisão 2010/252 — Competências de execução — Limites — Regulamento n.º 562/2006 — Código das Fronteiras Schengen — Vigilância de fronteiras»

1. No presente processo, o Parlamento Europeu pede ao Tribunal de Justiça que anule a Decisão 2010/252/UE do Conselho, de 26 de abril de 2010, que completa o Código das Fronteiras Schengen [2] no que diz respeito à vigilância das fronteiras marítimas externas no contexto da cooperação operacional coordenada pela Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia (a seguir «decisão impugnada») [3]. Para o caso de ser dado provimento ao recurso, o Parlamento pede que os efeitos da decisão impugnada sejam mantidos até à sua substituição.

I — Contexto normativo e decisão impugnada

2. O Código das Fronteiras Schengen (a seguir «CFS») estabelece, designadamente, as normas aplicáveis ao controlo de pessoas na passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros da União Europeia (artigo 1.º, segundo parágrafo). Nos termos do seu artigo 3.º, alínea b), o mesmo é aplicável «sem prejuízo [d]os direitos dos refugiados e dos requerentes de proteção internacional, nomeadamente no que diz respeito à não-repulsão».

3. O conceito de «Fronteiras externas» é definido no artigo 2.º, n.º 2, como «as fronteiras terrestres, inclusive as fronteiras fluviais e as lacustres, as fronteiras marítimas, bem como os aeroportos, portos fluviais, portos marítimos e portos lacustres dos Estados-Membros, desde que não sejam fronteiras internas». O mesmo artigo 2.º, no n.º 10, define os «Controlos de fronteira» como «os controlos efetuados nos pontos de passagem de fronteira, a fim de assegurar que as pessoas, incluindo os seus meios de transporte e objetos na sua posse, podem ser autorizadas a entrar no território dos Estados-Membros ou autorizadas a abandoná-lo». Quanto ao conceito de «Vigilância de fronteiras», este é definido, no artigo 2.º, n.º 11, como «a vigilância das fronteiras entre os pontos de passagem de fronteira e a vigilância dos pontos de passagem de fronteira fora dos horários de abertura fixados, de modo a impedir as pessoas de iludir os controlos de fronteira».

1 — Língua original: italiano.

2 — 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 (JO L 105, p. 1).

3 — JO L 111, p. 20.

4. O título II do CFS, intitulado «Fronteiras externas», é composto por quatro capítulos. O capítulo II inclui disposições que regulam os controlos de fronteira sobre as pessoas por guardas de fronteira, a vigilância de fronteiras e a recusa de entrada.

5. As disposições relativas à vigilância de fronteiras constam do artigo 12.º Os n.os 1 a 4 desse artigo, que definem o objetivo da vigilância, os poderes dos guardas de fronteira e as regras relativas ao exercício da vigilância, têm a seguinte redação:

«1. A vigilância de fronteiras tem por objetivo principal impedir a passagem não autorizada da fronteira, lutar contra a criminalidade transfronteiriça e tomar medidas contra pessoas que tenham atravessado ilegalmente a fronteira.

2. Os guardas de fronteira utilizam unidades fixas ou móveis para efetuar a vigilância das fronteiras. Esta vigilância é efetuada de forma a impedir e desencorajar as pessoas de iludir o controlo nos pontos de passagem de fronteira.

3. A vigilância entre os pontos de passagem de fronteira é efetuada por guardas de fronteira, cujo número e métodos são adequados aos riscos e ameaças existentes ou previstos. Devem ser feitas alterações frequentes e inesperadas dos períodos de vigilância, para que haja um risco permanente de deteção da passagem não autorizada da fronteira.

4. A vigilância é efetuada por unidades fixas ou móveis, que desempenham a sua missão patrulhando ou colocando-se em pontos reconhecida ou presumivelmente sensíveis, tendo como objetivo deter as pessoas que atravessem ilegalmente a fronteira. As operações de vigilância podem também efetuar-se por meios técnicos, incluindo meios eletrónicos.»

6. O n.º 5 do artigo 12.º, conforme alterado pelo artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento n.º 296/2008 [4], dispõe:

«5. Podem ser aprovadas medidas adicionais relativas à vigilância. Estas medidas, que têm por objeto alterar elementos não essenciais do presente regulamento, completando-o, são aprovadas pelo procedimento de regulamentação com controlo a que se refere o n.º 2 do artigo 33.º» [5].

7. O artigo 33.º, n.º 2, do CFS, também alterado pelo Regulamento n.º 296/2008, dispõe:

«Sempre que se faça referência ao presente número, são aplicáveis os n.os 1 a 4 do artigo 5.º-A e o artigo 7.º da Decisão 1999/468/CE [que fixa as regras de exercício das competências de execução atribuídas à Comissão (a seguir «decisão comitologia») [6]], tendo-se em conta o disposto no seu artigo 8.º».

4 — Regulamento (CE) n.º 296/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 562/2006 que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen), no que diz respeito às competências de execução atribuídas à Comissão (JO L 97, p. 60).

5 — O quarto considerando do Regulamento n.º 296/2008 dispõe: «Deverá ser atribuída competência à Comissão para aprovar certas regras práticas detalhadas aplicáveis à vigilância fronteiriça e alterar alguns anexos. Atendendo a que têm alcance geral e se destinam a alterar elementos não essenciais do Regulamento (CE) n.º 562/2006, nomeadamente completando-o mediante o aditamento de novos elementos não essenciais, estas medidas devem ser aprovadas pelo procedimento de regulamentação com controlo previsto no artigo 5.º-A da Decisão 1999/468/CE.»

6 — Decisão 1999/468/CE do Conselho de 28 de junho de 1999 (JO L 184, p. 23), adotada com base no terceiro travessão do artigo 202.º CE. A decisão foi revogada pelo Regulamento (UE) n.º 182/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, que estabelece as regras e os princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pelos Estados-Membros do exercício das competências de execução pela Comissão (JO L 55, p. 13), adotado nos termos do n.º 3 do artigo 291.º TFUE. O artigo 12.º deste regulamento estabelece que o artigo 5.º-A da Decisão 1999/468 continua a produzir efeitos no que diz respeito aos atos de base em vigor que para ele remetam.

8. O artigo 5.º-A da decisão comitologia, introduzido pela Decisão 2006/512[7], regula um novo tipo de regras de exercício das competências de execução, denominado «procedimento de regulamentação com controlo». Este procedimento é acompanhado da adoção de medidas de alcance geral, destinadas a alterar elementos não essenciais de um ato de base aprovado nos termos do artigo 251.º CE, eventualmente suprimindo alguns desses elementos ou completando o ato com novos elementos não essenciais (terceiro considerando da Decisão 2006/512 e artigo 2.º, n.º 2, da decisão comitologia).

9. A decisão impugnada foi adotada com base no n.º 5 do artigo 12.º do CFS, seguindo o procedimento previsto no n.º 4 do artigo 5.º-A da decisão comitologia, que é aplicável caso as medidas projetadas pela Comissão não sejam conformes ao parecer do comité instituído com base no n.º 1 do mesmo artigo ou na falta de parecer[8]. Com base nesse procedimento, a Comissão apresenta ao Conselho uma proposta relativa às medidas a tomar e envia-a simultaneamente ao Parlamento Europeu [artigo 5.º-A, n.º 4, alínea a)]. Se o Conselho previr aprovar as medidas propostas, apresenta-as ao Parlamento [artigo 5.º-A, n.º 4, alínea d)], o qual, «deliberando por maioria dos membros que o compõem, no prazo de quatro meses a contar da data da transmissão da proposta nos termos da alínea a), pode pronunciar-se contra a aprovação das medidas em causa, fundamentando tal oposição mediante indicação de que as medidas propostas excedem as competências de execução previstas no ato de base, não são compatíveis com a finalidade ou o conteúdo do ato de base ou não observam os princípios da subsidiariedade ou da proporcionalidade» [artigo 5.º-A, n.º 4, alínea e)]. Se o Parlamento se pronunciar contra as medidas, estas não são aprovadas [artigo 5.º-A, n.º 4, alínea f)]. Caso contrário, as medidas são aprovadas pelo Conselho [artigo 5.º-A, n.º 4, alínea g)].

10. Resulta do segundo e décimo primeiro considerandos da decisão impugnada que esta tem por objetivo a adoção de normas adicionais aplicáveis à vigilância das fronteiras marítimas por guardas de fronteira em operações coordenadas pela Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia (a seguir «Agência» ou «Frontex»), criada pelo Regulamento n.º 2007/2004 (a seguir «regulamento Frontex»)[9]. Essa decisão é composta por dois artigos e um anexo dividido em duas partes, intituladas, a primeira, «Regras relativas às operações nas fronteiras marítimas coordenadas pela Agência», e a segunda, «Diretrizes para as situações de busca e de salvamento e o desembarque no âmbito de operações nas fronteiras marítimas coordenadas pela Agência». Nos termos do artigo 1.º, «[a] vigilância das fronteiras marítimas externas no contexto da cooperação operacional entre os Estados-Membros coordenada pela Agência [...] é regida pelas regras estabelecidas na parte I do anexo. Essas regras e as diretrizes não vinculativas constantes da parte II do anexo fazem parte do plano operacional elaborado para cada operação coordenada pela Agência».

11. A parte I do anexo estabelece, no ponto 1, alguns princípios gerais destinados, nomeadamente, a garantir que as operações de vigilância marítima sejam realizadas no respeito dos direitos fundamentais e do princípio da não repulsão. O ponto 2 contém disposições detalhadas em matéria de interceção e enumera as medidas que podem ser tomadas durante a operação de vigilância «contra navios ou outras embarcações relativamente aos quais existam motivos razoáveis para suspeitar que transportam pessoas no intuito de evitar os controlos nos pontos de passagem de fronteiras» (ponto 2.4). As condições para a adoção dessas medidas variam consoante a interceção da embarcação ocorra nas águas territoriais ou na zona contígua de um Estado-Membro (ponto 2.5.1) ou em alto mar (ponto 2.5.2). A parte II do anexo estabelece, no ponto 1, disposições para as unidades participantes nas operações de vigilância em situações de busca e de salvamento, inclusivamente no que diz respeito

7 — Decisão 2006/512/CE do Conselho, de 17 de julho de 2006 (JO L 200, p. 11).

8 — No caso em apreço, resulta do décimo oitavo considerando da decisão impugnada que o Comité do Código das Fronteiras Schengen, consultado em 19 de outubro de 2009, não emitiu um parecer. No recurso, o Parlamento refere que, no seio do comité, apenas oito Estados-Membros tinham votado a favor das medidas propostas pela Comissão, num total de 67 votos, e que, portanto, não tinha sido alcançado o mínimo de 223 votos requerido para a adoção de um parecer.

9 — 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 (JO L 349, p. 1). O conteúdo deste regulamento será examinado mais pormenorizadamente na análise das críticas do Parlamento.

à sinalização e à transmissão de informações ao centro de coordenação das operações de salvamento territorialmente competente e ao centro de coordenação da operação, e define algumas condições para a existência de uma situação de emergência (ponto 1.4). O ponto 2 fixa diretrizes acerca das modalidades de desembarque das pessoas intercetadas ou socorridas.

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

12. Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 12 de julho de 2010, o Parlamento interpôs o recurso objeto do presente processo. A Comissão interveio em apoio do Conselho. Os agentes das três instituições foram ouvidos na audiência, que se realizou em 25 de janeiro de 2012.

13. O Parlamento pede que o Tribunal de Justiça se digne anular a decisão impugnada, decidir que os efeitos da mesma sejam mantidos até à substituição desta e condenar o Conselho nas despesas.

14. O Conselho pede que o Tribunal de Justiça se digne declarar o recurso inadmissível ou, a título subordinado, negar provimento ao mesmo, e condenar o Parlamento nas despesas.

15. A Comissão pede que o Tribunal de Justiça se digne negar provimento ao recurso e condenar o Parlamento nas despesas.

III — Quanto ao recurso

A — *Quanto à admissibilidade*

16. O Conselho invoca, a título principal, uma questão prévia de inadmissibilidade do recurso. Sustenta que, ao abster-se de exercer o direito de veto previsto no artigo 5.º-A, n.º 4, alínea e), da decisão comitologia, o Parlamento perdeu o direito de contestar, no Tribunal de Justiça, a decisão impugnada. Embora não sendo um ato do Parlamento, a decisão impugnada era, de certo modo, imputável também a essa instituição, dado que foi adotada graças também à sua abstenção. O Parlamento não tinha, pois, interesse em agir no quadro do presente recurso, que tem por base os mesmos fundamentos — ultrapassagem dos limites das competências de execução — que lhe teriam permitido pronunciar-se contra a aprovação da decisão impugnada no âmbito do procedimento de regulamentação com controlo.

17. Na minha opinião, a questão prévia deve ser julgada improcedente.

18. Como foi corretamente observado pelo Parlamento na audiência, o ser-lhe reconhecido um direito pleno de recurso, nos mesmos moldes que ao Conselho e à Comissão, constitui um elemento central da arquitetura constitucional da União e uma das etapas do processo de democratização da sua ordem institucional.

19. O Tribunal de Justiça afirmou claramente que o exercício do direito de recurso das chamadas partes privilegiadas não está condicionado à demonstração do interesse em agir [10], nem é condicionado pela posição assumida pelo Estado-Membro [11] ou pela instituição [12] quando do procedimento de adoção do ato impugnado.

10 — Acórdãos de 26 de março de 1987, Comissão/Conselho (45/86, Colet., p. 1493), e de 1 de outubro de 2009, Comissão/Conselho (C-370/07, Colet., p. I-8917, n.º 16).

11 — Acórdão de 12 de julho de 1979, Itália/Conselho (166/78, Colet., p. 2575).

12 — Acórdão de 21 de janeiro de 2003, Comissão/Parlamento e Conselho (C-378/00, Colet., p. I-937).

20. No quadro do procedimento de regulamentação com controlo, o Parlamento não tem obrigação de se pronunciar contra a adoção do ato, mesmo quando considere que se verificam os fundamentos de ilegalidade que lhe permitem o exercício do direito de veto. A sua posição pode depender, portanto, também de apreciações de natureza política, como parece ter ocorrido relativamente à decisão impugnada [13], sem que isso implique a perda do seu direito a pedir e a obter a anulação do ato posteriormente à sua adoção. A este respeito, deve salientar-se, por outro lado, que a fiscalização da legalidade de um ato através do exercício de um direito de veto no decurso do seu processo de adoção, precisamente por este último poder estar subordinado a apreciações de natureza política, não pode ser considerada substitutiva da fiscalização em sede judicial.

21. O Conselho precisa que o Parlamento manteria o seu direito de agir contra o ato em questão, mas não pelos motivos que lhe teriam permitido pronunciar-se contra a sua adoção. Em concreto, tal limitação obrigaria o Parlamento a impugnar esse ato com base em fundamentos relativos ao mérito das medidas de execução que o mesmo contém, sem que estas tivessem sido objeto de um debate político normal em sede legislativa.

22. Finalmente, para ser exaustivo, saliento que, para o exercício do direito de veto do Parlamento, no quadro do procedimento de regulamentação com controlo, é exigida uma maioria [14] superior àquela geralmente prevista para as deliberações do Parlamento [15] e que a interposição de um recurso para o Tribunal de Justiça pelo Presidente do Parlamento em nome do mesmo, caso ocorra por recomendação da comissão competente, pode ser decidida mesmo sem uma votação da assembleia parlamentar [16]. Negar ao Parlamento o direito de interpor um recurso de anulação contra um ato adotado no quadro do procedimento de regulamentação com controlo, independentemente da posição expressa no decurso desse procedimento, significa, por conseguinte, além do mais, privar a minoria parlamentar de um instrumento de controlo.

23. Pelo conjunto de motivos acima expostos, o recurso deve, na minha opinião, ser declarado admissível.

B — *Quanto ao mérito*

24. O Parlamento considera que a decisão impugnada excede os limites das competências de execução atribuídas no artigo 12.º, n.º 5, do CFS e que, portanto, sai do âmbito de aplicação da sua base jurídica. Nesse contexto, formula três críticas. Em primeiro lugar, a decisão impugnada introduz novos elementos essenciais no CFS. Em segundo lugar, altera elementos essenciais do CFS. Em terceiro lugar, interfere com o sistema criado pelo regulamento Frontex. As referidas críticas são, em seguida, examinadas separadamente.

25. Antes de proceder a esse exame, é todavia necessário percorrer de novo, brevemente, as etapas da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao alcance e aos limites das competências de execução dos atos comunitários, nos aspetos relevantes para o caso presente.

13 — O Parlamento explica que um número relevante de deputados que votaram a favor da decisão impugnada consideravam que esta ultrapassava as competências de execução conferidas pelo CFS, mas que era, de qualquer modo, preferível que a União fosse dotada de um instrumento jurídico, ainda que imperfeito, para fazer face ao aumento da imigração por via marítima esperado para o verão de 2010.

14 — Maioria dos membros que compõem o Parlamento, por força do artigo 5.º-A, n.º 4, alínea e), da decisão comitologia.

15 — Maioria dos votos expressos, com base no artigo 231.º TFUE.

16 — V. artigo 128.º, n.º 3, do Regimento do Parlamento. A mesma disposição precisa que «[n]o início do período de sessões seguinte, o Presidente poderá submeter ao Parlamento a decisão de manter o recurso. Caso o Parlamento se pronuncie contra o recurso por maioria dos votos expressos, o Presidente retirá-lo-á».

1. A jurisprudência relativa ao alcance e aos limites das competências de execução dos atos comunitários

26. O alcance e os limites das competências de execução da Comissão foram definidos pelo Tribunal de Justiça numa jurisprudência inaugurada nos anos 70 com o acórdão Köster [17]. No processo que deu origem a esse acórdão, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se a título prejudicial sobre a legalidade do processo do comité de gestão instituído por um regulamento em matéria agrícola. Nessa ocasião, declarou que, com base na distinção, pretendida pelo próprio Tratado, entre atos que têm a sua base jurídica diretamente neste último e medidas destinadas à sua execução, o legislador tem legitimidade para fixar nos primeiros os «elementos essenciais da matéria a regular», deixando às segundas a adoção das «normas de execução» destinadas à «execução dos princípios» constantes do ato de base [18]. No acórdão Rey Soda, o Tribunal de Justiça precisou que o conceito de «execução» deve ser interpretado em sentido lato [19]. Esta conclusão deriva, segundo o Tribunal de Justiça, quer do teor do artigo 155.º TCE, então em vigor (posteriormente artigo 211.º CE) e da economia do Tratado, quer de «exigências da prática». Segundo o Tribunal de Justiça, em determinados domínios, como a política agrícola comum, o Conselho pode ser conduzido a conferir à Comissão «largos poderes de apreciação e de ação». Em tais casos, ou seja, quando o Conselho tiver conferido amplos poderes à Comissão, os limites dessa competência devem ser apreciados, segundo o Tribunal de Justiça, «não tanto em função do significado literal da delegação, mas face aos objetivos gerais essenciais» do ato de base [20]. No acórdão Zuckerfabrik Franken [21], interpretando os limites de uma delegação de poderes a exercer através do processo do comité de gestão, prevista num regulamento em matéria de organização comum dos mercados agrícolas, o Tribunal de Justiça afirmou que, com base na referida delegação, a Comissão era autorizada «a adotar todas as medidas necessárias [22] ou úteis para a execução da regulamentação de base, desde que [...] não [...] fossem contrárias a essa regulamentação ou às normas de aplicação estabelecidas pelo Conselho». Noutras decisões, o Tribunal de Justiça precisou que a Comissão é obrigada a atuar dentro dos limites que puderem ser deduzidos da totalidade do sistema e das finalidades do ato de base [23], bem como das disposições do mesmo [24].

27. No âmbito da política agrícola comum, a partir do acórdão Rey Soda, já referido, o Tribunal de Justiça reconheceu amplos poderes de execução à Comissão, tendo em consideração o papel especial que esta desempenha nesse domínio, enquanto único sujeito capaz de «acompanhar constante e atentamente a evolução dos mercados agrícolas e de atuar com a necessária tempestividade» [25]. Fora desse domínio, ou de domínios afins, a jurisprudência do Tribunal de Justiça é, no entanto, mais restritiva. No acórdão Vreugdenhil [26], em matéria de pauta aduaneira comum, o Tribunal de Justiça precisou que «essa interpretação ampla dos poderes da Comissão só pode ser acolhida no âmbito específico das regulamentações dos mercados agrícolas» [27].

17 — Acórdão de 17 de dezembro de 1970, Köster (25/70, Colet.,1969-1970, p. 659).

18 — N.os 6 e 7.

19 — Acórdão de 30 de outubro de 1975, Rey Soda e o. (23/75, Recueil, p. 1279, n.º 10, Colet., p. 445).

20 — V., também, acórdão de 11 de março de 1987, Vandemoortele/CEE (27/85, Colet., p. 1129, n.º 14).

21 — Acórdão de 15 de maio de 1984 (121/83, Recueil, p. 2039).

22 — V., neste sentido, acórdão de 26 de junho de 1980, Pardini (808/79, Recueil, p. 2103, n.º 16).

23 — V., em especial, acórdão de 14 de novembro de 1989, Espanha e França/Comissão (6/88 e 7/88, Colet., p. 3639), no qual o Tribunal de Justiça considerou que as medidas adotadas pela Comissão não caíam sob a alçada da regulamentação de base, bem como acórdãos de 24 de fevereiro de 1988, França/Comissão (264/86, Colet., p. 973), e de 19 de setembro de 1985, Grécia/Comissão (192/83, Recueil, p. 2791), em que o Tribunal de Justiça anulou as medidas de execução impugnadas pelos Estados-Membros recorrentes, adotadas no domínio da pesca e da política agrícola comum, respetivamente, porque introduziam uma modalidade de cálculo do subsídio compensatório a conceder aos operadores do setor não prevista na regulamentação exaustiva constante do regulamento de base e por oposição ao princípio da igualdade de tratamento dos produtores comunitários previsto no Tratado. V., ainda, acórdãos de 16 de junho de 1987, Romkes (46/86, Colet., p. 2671); de 2 de fevereiro de 1988, Reino Unido/Comissão (61/86, Colet., p. 431), e de 27 de setembro de 1979, Eridania-Zuccherifici nazionali e Società italiana per l'industria degli zuccheri (230/78, Recueil, p. 2749).

24 — V., *inter alia*, acórdãos de 13 de julho de 1995, Parlamento/Comissão (C-156/93, Colet., p. I-2019, n.º 24), e de 18 de junho de 1996, Parlamento/Conselho (C-303/94, Colet., p. I-2943, n.º 23).

25 — Acórdão Rey Soda (já referido, n.º 11).

26 — Acórdão de 29 de junho de 1989, Vreugdenhil e o. (22/88, Colet., p. 2049).

27 — N.º 17. V., também, acórdão de 18 de junho de 2002, Países Baixos/Comissão (C-314/99, Colet., p. I-5521).

28. No acórdão Alemanha/Comissão [28], o Tribunal de Justiça forneceu esclarecimentos mais detalhados sobre o conceito de «elementos essenciais» de uma dada legislação [29], cuja definição compete ao legislador. O processo que deu origem a essa decisão tinha por objeto um recurso destinado a impugnar a legalidade de um sistema de sanções aplicável no quadro de um regime de ajudas comunitárias, adotado pela Comissão em virtude de uma delegação do Conselho. A Alemanha sustentava que essas sanções deviam ser consideradas elementos essenciais da regulamentação do domínio em causa, uma vez que afetavam os direitos fundamentais dos indivíduos. Esta sustentava também que as medidas impugnadas não visavam executar a legislação de base, mas sim completá-la. O Tribunal de Justiça respondeu que a qualificação como «essencial» devia ser considerada «reservada para as normas que têm por objeto traduzir as orientações fundamentais da política comunitária» e que, no caso em apreço, essa qualificação não era apropriada para sanções que se destinavam a assegurar a boa gestão financeira dos fundos destinados à prossecução dessas orientações. Num acórdão alguns anos posterior, o Tribunal de Justiça qualificou como «não essencial» uma disposição constante de um regulamento do Conselho relativo ao programa TACIS, que permitia alterar um limiar sem proceder à consulta do Parlamento, dado que não «afetava [...] a economia geral» do regulamento em causa [30]. Mais recentemente, o Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso apresentado pelo Parlamento contra uma decisão da Comissão pela qual era aprovado um projeto relativo à segurança das fronteiras nas Filipinas, no quadro da ajuda financeira e técnica e da cooperação económica com os países em desenvolvimento da Ásia. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que o objetivo prosseguido pela decisão impugnada, isto é, a luta contra o terrorismo e a criminalidade internacional, não estava abrangido nos «objetivos» do regulamento a que a decisão dava execução, nem tinha com eles uma «relação direta» [31].

29. Da jurisprudência acima exposta resulta que os limites das competências de execução são definidos, antes de mais, por referência às características da política em questão e à margem de manobra mais ou menos ampla reconhecida à Comissão na execução da mesma. Os referidos limites devem, além disso, ser identificados com base no teor da disposição de delegação, no conteúdo e na finalidade do ato de base, bem como no sistema no seu todo. A definição dos referidos limites, tal como a determinação do caráter essencial ou não essencial dos elementos da legislação de base introduzidos ou alterados com o ato de execução [32], longe de se esgotar numa transposição automática das fórmulas utilizadas na jurisprudência, deve decorrer de uma apreciação conduzida à luz de todos os elementos acima indicados.

2. Aplicação, no caso em apreço, dos princípios derivados da jurisprudência acima exposta

30. Os diferentes elementos referidos no número anterior serão, em seguida, aqui examinados no contexto do recurso objeto do presente processo.

28 — Acórdão de 27 de outubro de 1992, Alemanha/Comissão (C-240/90, Colet., p. I-5383).

29 — V., também, acórdão de 6 de maio de 2008, Parlamento/Conselho (C-133/06, Colet., p. I-3189, n.º 45).

30 — Acórdão de 10 de maio de 1995, Parlamento/Conselho (C-417/93, Colet., p. I-1185, n.os 30 a 33).

31 — V. acórdão de 23 de outubro de 2007, Parlamento/Comissão (C-403/05, Colet., p. I-9045, em especial n.os 55 e 66 a 68).

32 — A título acessório, saliento que as partes no presente processo parecem estar de acordo quanto a considerar que o acórdão que o Tribunal de Justiça proferirá terá influência sobre a interpretação do conceito de «elementos não essenciais do ato legislativo» constante do artigo 290.º TFUE, não aplicável *ratione temporis* no presente litígio. A este respeito, faço notar que a jurisprudência acima exposta, à luz da qual o presente recurso deve ser examinado, não considera a dicotomia entre «atos delegados» e «atos de execução» introduzida pelo TFUE. Portanto, a definição exata do conteúdo e do alcance desses conceitos, bem como a identificação da correta articulação entre as disposições dos artigos 290.º TFUE e 291.º, n.º 2, TFUE, colocarão ao Tribunal de Justiça problemas de interpretação novos e que não podem ser resolvidos através de uma mera transposição da jurisprudência acima examinada. Em confirmação do que foi afirmado, bastará considerar que, com base no artigo 290.º, n.º 1, segundo parágrafo, o legislador é agora obrigado a delimitar explicitamente os objetivos, o conteúdo, o âmbito de aplicação e o período de vigência da delegação de poderes, e, portanto, a definir os elementos essenciais do ato de base. Isto reduz sensivelmente a margem de interpretação do Tribunal de Justiça, produzindo uma mais correta distribuição dos papéis entre poderes legislativo e judicial. Porém, as referidas problemáticas não dizem respeito ao presente caso.

a) Considerações relativas à matéria na qual se inserem o ato de base e a decisão impugnada

31. Ao preparar instrumentos de controlo das fronteiras externas e de combate à imigração clandestina, o legislador da União é chamado a efetuar escolhas delicadas, que podem ter fortes repercussões sobre as liberdades individuais e afetar o respeito pelos direitos humanos, sobre as obrigações internacionais dos Estados-Membros e sobre as relações destes e da União com Estados terceiros. Isto é válido não só para a definição das orientações essenciais da política de gestão das fronteiras, mas também para a determinação das medidas destinadas a dar execução a essas orientações. Justifica-se, portanto, que, nesse âmbito, o exercício das competências de execução seja mais enquadrado relativamente a domínios mais amplamente técnicos e que, consequentemente, a margem de manobra da Comissão seja menos extensa [33].

32. Por estes motivos, considero que a remissão que o Conselho faz para a jurisprudência do Tribunal de Justiça acima invocada e para a amplitude dos poderes de execução que este reconheceria à Comissão deve ser considerada, no caso em apreço, com extrema cautela.

b) Quanto ao objeto e ao alcance das competências de execução previstas no artigo 12.º, n.º 5, do CFS

33. A este respeito, é útil salientar, antes de mais, que a versão italiana do artigo 12.º, n.º 5, do CFS refere a possibilidade de serem aprovadas «medidas de vigilância adicionais», enquanto outras versões linguísticas contêm uma formulação que se refere mais especificamente a medidas adicionais que regulam o exercício da vigilância [34].

34. Dito isto, e independentemente do teor literal da disposição em causa, o *objeto* da delegação prevista na mesma parece dever ser efetivamente entendido como respeitante às regras práticas relativas à execução da vigilância. Militam nesse sentido, quer o preâmbulo do CFS [35], quer o do Regulamento n.º 296/2008 [36] — que alterou o artigo 12.º, n.º 5, do CFS, introduzindo a referência ao procedimento de regulamentação com controlo —, bem como os trabalhos preparatórios do CFS [37]. Sobre este ponto parece-me existir, aliás, um substancial acordo entre Parlamento e Conselho.

35. Em contrapartida, a posição dos mesmos diverge, para além de sobre a possibilidade de qualificar como meras «regras práticas» as medidas constantes da decisão impugnada, também, mais em geral, sobre a margem de manobra atribuída à Comissão, ou seja, sobre o *âmbito* da delegação. O Parlamento considera, em síntese, que o artigo 12.º, n.º 5, autoriza unicamente a aprovação de medidas de caráter essencialmente técnico. O Conselho faz notar, pelo contrário, que o legislador optou por não precisar o conteúdo e a natureza das normas a aprovar, conferindo, por isso, amplos poderes de execução à Comissão.

33 — As vicissitudes relacionadas com o procedimento legislativo do CFS são uma confirmação do que foi afirmado. Na proposta de regulamento, a Comissão, baseando-se na distinção entre «princípios de base em matéria de controlo nas fronteiras externas» e «modalidades práticas relativas à execução deste controlo», incluindo as modalidades de controlo próprias aos diferentes tipos de fronteiras (terrestres, aéreas e marítimas), sugeria que se tornassem as normas que já existiam, qualificadas como «modalidades práticas» e inseridas nos anexos do CFS, suscetíveis de alteração, no futuro, através de um procedimento de comitologia (v. COM(2004) 391 final). Esta proposta foi, em grande parte, rejeitada na fase de aprovação do CFS, o qual prevê que apenas alguns dos anexos são alteráveis com base no procedimento de regulamentação com controlo; entre estes, não figuram os anexos VI e VII, que contêm, respetivamente, «Regras específicas aplicáveis aos vários tipos de fronteiras e aos vários meios de transporte utilizados para a passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros» e «Regimes especiais para determinadas categorias de pessoas», para além do anexo V, relativo ao «Procedimento de recusa de entrada na fronteira».

34 — V., por exemplo, as versões inglesa «additional measures governing surveillance», francesa «mesures supplémentaires applicables à la surveillance», alemã «zusätzlichen Überwachungsmodalitäten», espanhola «medidas adicionales relativas a la vigilancia», romena «măsuri suplimentare care reglementează supravegherea», portuguesa «medidas adicionais relativas à vigilância».

35 — Décimo sétimo considerando.

36 — Quarto considerando.

37 — V., em especial, a proposta de regulamento da Comissão, referida na nota 33.

36. A tese do Parlamento parece-me interpretar o alcance da delegação em causa em termos excessivamente restritivos. Com efeito, como foi corretamente sublinhado pelo Conselho, quer a utilização de uma formulação genérica, quer a escolha de um procedimento de comitologia que permite a adoção de medidas que alteram o ato de base, embora acompanhada de um controlo mais profundo sobre as regras de exercício das competências de execução, constituem indícios da intenção de atribuir uma certa margem de manobra à Comissão.

c) Quanto à finalidade e à economia geral da legislação de base

37. O Conselho observa que, no sistema do CFS, o controlo nas fronteiras constitui o elemento essencial da política de controlo nas fronteiras externas e que, por essa razão, o legislador, no quadro do processo previsto no artigo 251.º CE, teria decidido regulá-lo de modo exaustivo, prevendo que algumas regras do mesmo não pudessem ser aprovadas ou alteradas a não ser através do procedimento de regulamentação com controlo. Pelo contrário, em matéria de vigilância das fronteiras, o legislador ter-se-ia limitado a estabelecer os objetivos da mesma e as regras de base, atribuindo à Comissão uma ampla margem de manobra na aprovação de medidas adicionais.

38. Diversos elementos me levam a não partilhar do ponto de vista expresso pelo Conselho.

39. Em primeiro lugar, resulta em especial da proposta de regulamento da Comissão que a implementação do CFS é devida, em grande parte, ao facto de nele confluírem normas já adotadas no quadro de diferentes instrumentos jurídicos como, designadamente, a Convenção de Schengen [38] e o Manual Comum das fronteiras externas [39]. Esses instrumentos previam já uma regulação detalhada dos controlos de fronteira e regulamentavam algumas regras de aplicação dos mesmos. O conjunto dessa legislação foi reunido, em parte, no articulado do CFS e, em parte, nos seus anexos.

40. Em segundo lugar, a tese segundo a qual, na economia do CFS, a vigilância desempenha um papel de algum modo subsidiário ou secundário relativamente aos controlos de fronteira não parece encontrar confirmação no preâmbulo do CFS. Em especial, o oitavo considerando, depois de ter precisado que o controlo fronteiriço inclui os controlos das pessoas nos pontos de passagem de fronteira e a vigilância entre estes pontos de passagem, afirma que «[c]onvém [...] estabelecer as condições, os critérios e as regras práticas que regulam tanto os controlos nos pontos de passagem de fronteira como a vigilância». O décimo sétimo considerando, que diz respeito à atribuição de competências de execução à Comissão, não faz qualquer distinção entre controlos e vigilância, mas refere, mais em geral, que «[d]everá prever-se um procedimento que permita à Comissão adaptar certas regras práticas detalhadas aplicáveis ao controlo fronteiriço».

41. Finalmente, resulta dos atos que precederam e prepararam a aprovação do CFS, e, mais em geral, de diversos outros instrumentos da política de controlo das fronteiras, primeiro de entre todos o regulamento Frontex, do qual se falará melhor em seguida, que a vigilância é um dos elementos essenciais dessa política [40]. O próprio artigo 77.º, n.º 1, alínea b), TFUE prevê que a União «desenvolve uma política que visa assegurar o controlo de pessoas e a vigilância [...] da passagem das fronteiras externas», atribuindo a ambos os aspetos dessa política um peso igual.

38 — Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, de 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, assinada em Schengen em 19 de junho de 1990. O texto integral desta convenção foi publicado no JO 2000, L 239, p. 19.

39 — A Decisão do Comité Executivo Schengen que adotou este manual foi publicada no JO 2000, L 239, p. 317.

40 — V., *inter alia*, Comunicação da Comissão «Rumo a uma gestão integrada das fronteiras externas dos Estados-Membros da União Europeia», incluída no «Plano de gestão das fronteiras externas dos Estados-Membros da União Europeia», aprovado pelo Conselho em 13 de junho de 2002 e confirmado pelo Conselho Europeu de Sevilha de 21 e 22 de junho de 2002, bem como pelo Conselho Europeu de Salónica de 19 e 20 de junho de 2003.

42. Dito isto, considero que também deve ser rejeitado o argumento, fortemente defendido, na audiência, pelo agente do Conselho, segundo o qual, à luz da economia geral do CFS e da margem de manobra de que a Comissão goza, esta última, no exercício das suas competências de execução, estaria autorizada a adotar qualquer medida considerada conveniente e útil à prossecução dos objetivos atribuídos pelo CFS à vigilância de fronteiras, e não contrária a disposições do mesmo.

43. Tal argumento baseia-se na premissa de que, na medida em que se destinam a regular algumas regras práticas de execução da vigilância, as medidas que podem ser estabelecidas por força do artigo 12.º, n.º 5, do CFS não afetam, quase por definição, elementos essenciais da legislação de base, enquanto tal reservados ao legislador.

44. Pelas razões que já tive, em parte, oportunidade de expor no n.º 38, não considero tal premissa aceitável. Basta acrescentar, aqui, que a execução prática do objetivo de prevenção da passagem não autorizada das fronteiras pode, na realidade, implicar escolhas capazes de caracterizar profundamente a política de imigração de um determinado ordenamento jurídico. Pense-se, por exemplo, no âmbito dos poderes conferidos aos guardas de fronteira, na autorização do uso da força, na tomada em consideração ou não da situação individual das pessoas que tentam, ou se suspeita que tentem, passar ilegalmente a fronteira, na natureza das medidas a adotar contra as mesmas uma vez detidas, nas regras do seu afastamento, e, mais em geral, na exigência de tornar o conjunto das medidas de combate à imigração clandestina conformes com as disposições em matéria de direitos humanos [41].

45. Ao contrário do Conselho, não considero, por isso, que os limites das competências de execução previstas no artigo 12.º, n.º 5, do CFS sejam identificáveis unicamente com base nos objetivos gerais da vigilância fixados nessa disposição.

46. É à luz do conjunto das considerações precedentes que se deve proceder, agora, ao exame das críticas formuladas pelo Parlamento.

3. Quanto à primeira crítica, segundo a qual a decisão impugnada introduz no CFS novos elementos essenciais

a) Argumento das partes

47. Em primeiro lugar, o Parlamento alega que o ponto 2.4 da parte I do anexo da decisão impugnada, em matéria de interceção, prevê a adoção de medidas que vão além do que é autorizado pelo artigo 12.º do CFS a título de atividades de vigilância e confere, nesse âmbito, aos guardas de fronteira, poderes particularmente extensos, que implicam o exercício de uma ampla margem de discricionariedade. A título de exemplo, o Parlamento refere a possibilidade de «[a]presar o navio e deter as pessoas a bordo» ou de «[c]onduzir o navio ou as pessoas a bordo para um país terceiro ou, em alternativa, entregar o navio ou as pessoas a bordo às autoridades de um país terceiro» [ponto 2.4, alíneas d) e f)]. Segundo o Parlamento, o artigo 12.º, n.º 5, do CFS, autoriza unicamente a adoção de medidas de ordem técnica ou prática, como resulta, em especial, do décimo sétimo considerando do CFS e do preâmbulo do Regulamento n.º 296/2008.

48. Na réplica, o Parlamento precisa que as regras relativas à interceção constantes da decisão impugnada extravasam o âmbito, quer material quer geográfico, do conceito de «vigilância de fronteiras», tal como definido no artigo 2.º, n.º 11, do CFS. Em especial, remetendo para a definição

41 — V. TEDH, acórdão da Grande Secção, Hirsi e o. c. Itália de 23 de fevereiro de 2012, petição n.º 27765/09.

do conceito de «fronteiras marítimas externas» constante da Decisão 574/2007 [42], o Parlamento observa que o CFS não autoriza a adoção de medidas de vigilância destinadas a ser aplicadas em alto mar.

49. Em segundo lugar, o Parlamento alega que as disposições da parte II do anexo, relativas às situações de busca e de salvamento, estão, também elas, fora do âmbito da atividade de vigilância tal como definido no artigo 12.º do CFS. Além disso, essas disposições criariam novas obrigações ou novas regras no direito da União que não podem ser definidas como «elementos não essenciais» na aceção do artigo 2.º, n.º 2, da decisão comitologia. A esse respeito, o Parlamento refere a obrigação de as unidades participantes «prestar[em] assistência a todos os navios e pessoas em perigo no mar» (ponto 1.1) e a regra segundo a qual deve dar-se prioridade ao desembarque no país terceiro de onde o navio que transporta as pessoas partiu (ponto 2.1, segundo parágrafo). O Parlamento sublinha, além disso, que, ao contrário do que parece resultar do título da parte II do anexo, as diretrizes definidas na mesma não podem ser consideradas não vinculativas, dado que, nos termos do artigo 1.º, segunda frase, da decisão impugnada, essas diretrizes «fazem parte do plano operacional elaborado para cada operação coordenada pela Agência».

50. O Conselho responde que o ponto 2.4 da parte I do anexo da decisão impugnada enumera medidas que podem ser tomadas durante as operações de vigilância ou que são, de qualquer modo, conformes com convenções internacionais. Essas medidas não são contrárias aos objetivos da vigilância definidos no artigo 12.º do CFS. Quanto à alegação do Parlamento apresentada na réplica, segundo a qual as regras em matéria de interceção estão fora do âmbito de aplicação material e geográfico do conceito de vigilância, o Conselho alega, antes de mais, a sua inadmissibilidade, por ter sido apresentada extemporaneamente. Além disso, esses argumentos também seriam improcedentes. Em primeiro lugar, a definição do conceito de «fronteiras marítimas externas» constante da Decisão 574/2007, a que se refere o Parlamento, não era aplicável no contexto do CFS. Em segundo lugar, na ausência de uma definição expressa, a vigilância das fronteiras marítimas externas devia ser considerada extensiva também a operações conduzidas em alto mar, uma vez que só tal interpretação, aliás compatível com as disposições de direito internacional aplicáveis, designadamente o Protocolo de Palermo [43], permitiria assegurar o efeito útil do artigo 12.º do CFS. De resto, o Parlamento não forneceu razões suficientes para considerar que as atividades de vigilância em alto mar não estão abrangidas no âmbito de aplicação material do conceito de vigilância previsto no artigo 12.º do CFS.

51. No que diz respeito às orientações constantes da parte II do anexo, o Conselho sublinha, antes de mais, o seu caráter não vinculativo, que seria claramente deduzível do texto das mesmas e da decisão impugnada no seu conjunto. Relativamente ao seu alcance, observa que as obrigações dos Estados-Membros em matéria de busca e salvamento se regem por convenções internacionais. As orientações em causa asseguram uma interpretação coerente das disposições dessas convenções, aplicáveis quando a necessidade de prestar assistência a uma embarcação em dificuldades, atividade que o Conselho reconhece não poder ser qualificada como de vigilância em sentido estrito, surge durante uma operação de vigilância coordenada pela Agência. No entanto, os Estados-Membros são livres de não seguir essa interpretação e de inserir medidas diferentes no plano operacional acordado com a Agência.

52. A Comissão considera que o poder de completar um ato mediante o aditamento de novos elementos não essenciais implica a autorização para estabelecer obrigações adicionais e para regulamentar novas atividades, desde que estas últimas sejam necessárias ou úteis para a execução do ato de base e não sejam contrárias ao mesmo.

42 — Decisão n.º 574/2007/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de maio de 2007, que cria o Fundo para as Fronteiras Externas para o período de 2007 a 2013 no âmbito do programa geral «Solidariedade e gestão dos fluxos migratórios» (JO L 144, p. 22).

43 — Protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea, adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional, assinado durante a Conferência de Palermo de 12 a 15 de dezembro de 2000.

53. Segundo a Comissão, a decisão impugnada é necessária, ou, pelo menos, útil, para a realização do objetivo de impedir a passagem não autorizada da fronteira enunciado no artigo 2.º, n.º 11, e no artigo 12.º do CFS. Essa seria a finalidade das disposições da decisão impugnada relativas às patrulhas em alto mar. A Comissão sublinha, além disso, que nenhuma disposição do CFS exclui a aplicação deste às operações de vigilância em águas internacionais. Por outro lado, o anexo VI do CFS, que autoriza controlos de fronteira num porto de um Estado terceiro ou durante uma viagem, confirma que o âmbito de aplicação geográfico do CFS se estende também a atividades realizadas fora do território dos Estados-Membros, desde que as mesmas estejam abrangidas no âmbito de aplicação material desse ato, por exemplo, no conceito de vigilância. A esse respeito, a Comissão considera que o Parlamento adota uma interpretação excessivamente restritiva do «conceito de vigilância». Segundo a Comissão, a interceção insere-se no conceito de vigilância quando tem por objeto embarcações que se suspeite terem a intenção de entrar no território da União, subtraindo-se aos controlos de fronteira. A vigilância não se limita, assim, a uma atividade meramente passiva, como, aliás, atesta o artigo 12.º, n.º 4, do CFS, que autoriza a «deter as pessoas». Da mesma maneira, a Comissão considera que as atividades de busca e salvamento conduzidas durante operações de vigilância estão abrangidas no conceito de vigilância. A esse propósito, esta observa que, frequentemente, é a própria operação de vigilância que provoca as operações de busca e salvamento, quando, na sequência da interceção, a embarcação é afundada propositadamente.

b) Análise

54. Em primeiro lugar, deve ser julgada improcedente a questão prévia de inadmissibilidade deduzida pelo Conselho contra a alegação, constante da réplica, segundo a qual as regras em matéria de interceção estão fora do âmbito de aplicação material e geográfico do conceito de vigilância. Ao contrário do que o Conselho sustenta, trata-se, com efeito, de um argumento que amplia, desenvolvendo-os, os fundamentos já expostos na petição e não de um fundamento novo invocado extemporaneamente. Recordo, por outro lado, que os fundamentos de incompetência, enquanto fundamentos de ordem pública, podem ser conhecidos oficiosamente [44].

55. Quanto ao mérito, deve examinar-se se, como sustenta o Parlamento, com a decisão impugnada o Conselho excedeu as competências de execução previstas no artigo 12.º, n.º 5, do CFS, regulando elementos essenciais da legislação de base. Em especial, o Parlamento sustenta, em primeiro lugar, que a decisão impugnada prevê medidas que não estão abrangidas no âmbito de aplicação material do conceito de vigilância na aceção do CFS.

56. A «vigilância de fronteiras» é definida, no artigo 2.º, n.º 11, do CFS, como «a vigilância das fronteiras entre os pontos de passagem de fronteira e a vigilância dos pontos de passagem de fronteira fora dos horários de abertura fixados, de modo a impedir as pessoas de iludir os controlos de fronteira». O artigo 12.º, n.º 1, do CFS precisa que «[a] vigilância de fronteiras tem por objetivo principal impedir a passagem não autorizada da fronteira, lutar contra a criminalidade transfronteiriça e tomar medidas contra pessoas que tenham atravessado ilegalmente a fronteira».

57. Como o Conselho e a Comissão corretamente sublinharam, a vigilância é definida no CFS essencialmente através dos seus objetivos. Com base nessa definição, delineia-se um conceito particularmente amplo, suscetível de incluir qualquer medida destinada tanto a impedir como a prevenir que os controlos na fronteira sejam iludidos. Por outro lado, para que as medidas de vigilância sejam eficazes, como exige o artigo 77.º, n.º 1, alínea b), TFUE, as mesmas devem ser adaptadas tanto ao tipo de fronteira em causa, como ao risco concreto de imigração clandestina, que

44 — V., *inter alia*, acórdão de 13 de julho de 2000, Salzgitter/Comissão (C-210/98 P, Colet., p. I-5843, n.º 56).

varia em função de múltiplos fatores (geográficos, económicos, geopolíticos, climatéricos, etc.). Daí decorre que o conceito de vigilância deve ser interpretado em sentido dinâmico e flexível e que o leque das medidas que podem ser consideradas necessárias para prosseguir os objetivos previstos no artigo 12.º, n.º 1, do CFS é extremamente amplo e variável.

58. O Parlamento sustenta, ainda, que o CFS prevê uma vigilância essencialmente passiva. Esta tese não encontra, no entanto, confirmação no texto do artigo 12.º do CFS, o qual, ao enumerar, entre os objetivos da vigilância, a adoção de medidas contra as pessoas que tenham entrado ilegalmente no território da União, autoriza intervenções que vão além de uma mera atividade de monitorização das fronteiras [45]. O mesmo pode dizer-se quanto às medidas de natureza preventiva ou dissuasiva que não parecem ter outro limite senão o de estarem relacionadas com um risco real de que os controlos na fronteira sejam iludidos.

59. Com base no que foi exposto anteriormente, considero que a maior parte das medidas de interceção enumeradas no ponto 2.4 da parte I do anexo da decisão impugnada estão abrangidas no conceito de vigilância tal como acima delineado. Porém, tenho dúvidas quanto à possibilidade de considerar incluídas nesse conceito as medidas enumeradas nas alíneas d) e f) desse ponto — que autorizam os guardas de fronteira, respetivamente, a «[a]presar o navio [intercetado] e deter as pessoas a bordo» e a «[c]onduzir o navio ou as pessoas a bordo para um país terceiro ou, em alternativa, entregar o navio ou as pessoas a bordo às autoridades de um país terceiro» —, bem como as disposições em matéria de busca e de salvamento e de desembarque inseridas na parte II do anexo da decisão impugnada, apesar de as referidas medidas e disposições se destinarem a levar a bom termo as operações de vigilância ou a fazer frente a situações que surgem durante essas operações [46].

60. No entanto, não deve ser tomada uma posição definitiva sobre este ponto. Com efeito, como se deduz das considerações anteriormente desenvolvidas, mesmo caso se devesse considerar que a decisão impugnada estabelece regras práticas de exercício da vigilância dentro dos limites da definição desse conceito na aceção do CFS, isso não permitiria excluir que essa decisão regule elementos essenciais da legislação de base, como sustenta o Parlamento.

61. Tendo em consideração, tanto o domínio em que regulamentação em causa se insere, como os objetivos e a economia geral do CFS, no qual a vigilância figura como componente fundamental da política de controlo das fronteiras, e apesar da margem de manobra deixada à Comissão pelo artigo 12.º, n.º 5, considero que medidas incisivas como as enumeradas no ponto 2.4 da parte I do anexo da decisão impugnada, em especial as que figuram nas alíneas b), d), f) e g), bem como as disposições em matéria de desembarque constantes da parte II desse anexo, regulam elementos essenciais da vigilância nas fronteiras marítimas externas. Tais medidas implicam opções suscetíveis de influir sobre liberdades individuais das pessoas e sobre os seus direitos fundamentais (por exemplo, as revistas a pessoas, a detenção, o apresamento do navio, etc.), sobre a possibilidade que essas pessoas têm de invocar e obter, na União, a proteção de que, eventualmente, são legítimos beneficiários nos termos do direito internacional (é o caso das regras em matéria de desembarque, na ausência de indicações precisas quanto ao modo como as autoridades devem ter em conta a situação individual das pessoas a bordo da embarcação intercetada) [47], bem como sobre as relações da União ou dos Estados-Membros participantes na operação de vigilância com os Estados terceiros coenvolvidos nessa operação.

45 — Como, por exemplo, deter as pessoas, verificar a sua identidade, conduzi-las de novo ao posto de fronteira, etc. V., neste sentido, o Manual Schengen (já referido na nota 39).

46 — A título acessório, observo que, ao contrário do que o Conselho afirmou na audiência, o facto de essas medidas e disposições não estarem incluídas no conceito de vigilância na aceção do CFS não implica que não possam ser reguladas a nível do direito da União. Com efeito, nada impede o legislador de adotar um conceito de vigilância de fronteiras mais amplo do que o do CFS, valorizando, eventualmente, o objetivo de uma vigilância «eficaz», que figura no artigo 77.º, n.º 1, alínea b), TFUE. Além disso, o artigo 79.º, n.º 1 e n.º 2, alínea c), fornece uma base jurídica adicional para a adoção de medidas destinadas a garantir uma gestão eficaz dos fluxos migratórios.

47 — Apesar de, no seu conjunto, a decisão impugnada ter o mérito de tornar a realização das operações de vigilância mais conformes com os direitos humanos e com o regime de proteção dos refugiados.

62. Um raciocínio análogo deve ser feito, no meu entender, no que diz respeito às disposições da decisão impugnada destinadas a regular a interceção de embarcações em alto mar. Com efeito, por um lado, essas disposições autorizam expressamente a adoção das medidas referidas no número anterior em águas internacionais, uma opção que, no contexto acima descrito, tem caráter essencial, e isto independentemente do mérito da tese do Parlamento, segundo a qual o âmbito de aplicação geográfico do CFS, no que diz respeito às fronteiras marítimas, se circunscreve ao limite externo das águas territoriais dos Estados-Membros ou da zona contígua e não se estende ao alto mar [48]. Por outro, as referidas disposições, destinadas a garantir uma aplicação uniforme da legislação internacional pertinente no âmbito das operações de vigilância das fronteiras marítimas [49], mesmo que, como o Conselho e a Comissão sustentam veementemente, não criem obrigações para os Estados-Membros que participam nessas operações, nem lhes confiram prerrogativas diferentes das que decorrem da referida legislação, vinculam os mesmos, contudo, a uma particular interpretação dessas obrigações e prerrogativas, pondo, potencialmente, em jogo a sua responsabilidade internacional [50].

63. Duas considerações adicionais militam a favor da conclusão a que acima cheguei.

64. Em primeiro lugar, algumas das disposições da decisão impugnada tocam problemáticas que, além de serem sensíveis, são também particularmente controversas, como, por exemplo, a aplicabilidade do princípio da não repulsão em águas internacionais [51] ou a determinação de lugar para o qual devem ser conduzidas as pessoas socorridas com base no regime instituído na Convenção SAR [52]. Como resulta da proposta de decisão apresentada pela Comissão, sobre estas problemáticas existe divergência de pontos de vista por parte dos Estados-Membros [53].

65. Em segundo lugar, de uma comparação com a regulamentação dos controlos nas fronteiras constante do CFS resulta que a definição das regras práticas de execução desses controlos, no que diz respeito a aspetos comparáveis, *mutatis mutandis,* às reguladas na decisão impugnada, ficou reservada para o legislador, e isto apesar de, na proposta de regulamento, a Comissão ter expressado uma opinião diferente [54].

66. Com base no conjunto da exposição precedente, considero que a decisão impugnada regula elementos essenciais da legislação de base na aceção da jurisprudência exposta nos n.os 26 a 29 das presentes conclusões.

67. Por conseguinte, na minha opinião, a primeira crítica do Parlamento deve ser julgada procedente.

48 — O princípio que vigora em alto mar é o da liberdade de navegação e da jurisdição exclusiva do Estado-Membro do qual a embarcação arvora bandeira. Daí decorre que, como sublinha a própria Comissão num estudo de 2007 sobre instrumentos de direito internacional contra a imigração clandestina por via marítima, «en principe, à part le droit de rapprocher le bateau aux fins de vérification de l'identité et de la nationalité, aucun État ne peut exercer de pouvoirs de puissance publique (tels que la visite, l'arraisonnement, la perquisition, y compris par l'examen des documents, la conduite à un port, l'arrestation ou la saisie) sur un navire naviguant en haute mer sous un pavillon étranger, même si ce navire transporte des immigrants illégaux vers les côtes de cet État et tant qu'il n'aurait pas pénétré dans la zone contiguë de celui-ci» [SEC(2007) 691, ponto 4.3.1.2].

49 — V. preâmbulo da decisão impugnada e a proposta de decisão da Comissão COM(2009) 658 final.

50 — E isto não obstante o preâmbulo da decisão impugnada estabelecer, no sexto considerando, que a aplicação da decisão não afeta as obrigações que incumbem aos Estados-Membros por força do direito internacional relevante.

51 — Sobre este tema, v. TEDH, acórdão Hirsi (já referido na nota 41), e a opinião concordante do juiz Pinto de Albuquerque.

52 — Convenção internacional sobre a busca e o salvamento marítimos, assinada em Hamburgo em 27 de abril de 1979.

53 — Aliás, tanto quanto parece, é precisamente a uma diferença de posições e ao impasse que isso teria criado que, em grande parte, se deve a escolha da Comissão de proceder através do mecanismo do comité, com base no artigo 12.º, n.º 5, do CFS, em vez de através do processo legislativo ordinário, como se deduz também da carta do Comissário Malmström anexa à réplica. Estas divergências ainda perduram. As disposições da decisão impugnada em matéria de busca e salvamento, por exemplo, não foram aplicadas nas operações Frontex lançadas após a entrada em vigor da decisão impugnada devido à oposição de Malta.

54 — V. nota 33 *supra*.

4. Quanto à segunda crítica, segundo a qual a decisão impugnada altera elementos essenciais do CFS

68. No âmbito da sua segunda crítica, o Parlamento alega que, ao prever que os guardas de fronteira podem ordenar que a embarcação intercetada altere a rota para se dirigir para um destino diferente das águas territoriais e conduzir o navio ou as pessoas a bordo para um país terceiro [ponto 2.4, alíneas e) e f), da parte I do anexo], a decisão impugnada altera um elemento essencial do CFS, isto é, o princípio enunciado no artigo 13.º, segundo o qual «[a] entrada só pode ser recusada por decisão fundamentada que indique as razões precisas da recusa».

69. A tese do Parlamento baseia-se na premissa de que o referido artigo 13.º é aplicável também à vigilância das fronteiras. Tanto o Conselho como a Comissão, se opõem a tal interpretação, considerando que só existe obrigação de adotar uma decisão fundamentada por força dessa disposição nos casos em que a recusa de entrada no território da União se dirija contra uma pessoa que se tenha apresentado regularmente nos pontos de passagem de fronteira, sujeitando-se aos controlos previstos no CFS.

70. Na minha opinião, a crítica do Parlamento deve ser julgada improcedente sem que seja necessário pronunciar-se quanto ao mérito da delicada questão do âmbito de aplicação do artigo 13.º do CFS, sobre a qual o Tribunal de Justiça será, com toda a probabilidade, chamado a decidir no futuro.

71. Com efeito, como observa o Conselho, se é verdade que essa disposição não é expressamente invocada na decisão impugnada, nada permite, no entanto, excluir a sua aplicação no contexto das operações de vigilância reguladas por esta. Tal aplicação pode, talvez, dar lugar a dificuldades práticas, mas não é impossível, mesmo nas situações referidas pelo Parlamento. A esse respeito, saliento, aliás, que, por força do ponto 1.2 da parte I do anexo da decisão impugnada, as medidas previstas no ponto 2.4 seguinte são adotadas no respeito do princípio internacional da não repulsão, mesmo quando a interceção ocorrer em alto mar. Por isso, as regras de execução dessas medidas devem já permitir que os guardas de fronteira efetuem os controlos necessários assegurando-se de que esse princípio não seja violado [55].

72. No que diz respeito ao argumento, apresentado pelo Parlamento na réplica, segundo o qual a decisão impugnada teria, pelo menos, ampliado o âmbito de aplicação material e geográfico do artigo 13.º, tornando-o aplicável a situações anteriormente não abrangidas pelo CFS, este confunde-se com os argumentos em que se baseia a primeira crítica. Por conseguinte, a este propósito, remeto para as considerações já expostas no âmbito do exame dessa crítica.

73. Com base no que foi exposto, considero que a segunda crítica do Parlamento deve ser julgada improcedente.

5. Quanto à terceira crítica, segundo a qual a decisão impugnada altera o regulamento Frontex

a) Argumentos das partes

74. No quadro da sua terceira crítica, o Parlamento sustenta que a decisão impugnada excede o âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 5, que não atribui nem à Comissão nem ao Conselho o poder de estabelecer regras aplicáveis às operações coordenadas pela Agência, cujas funções e funcionamento são regidos pelo regulamento Frontex. A decisão impugnada tinha, pelo contrário, como único objetivo o de regulamentar as referidas operações, criando, desse modo, obrigações não só para os Estados-Membros, mas também para a própria Agência. A título de exemplo, o Parlamento observa que, por força do artigo 1.º da decisão impugnada, as regras fixadas na parte I do anexo dessa decisão

55 — V., sobre este ponto, TEDH, acórdão Hirsi (já referido na nota 41, n.º 201 e segs).

e as diretrizes não vinculativas indicadas na parte II «fazem parte do plano operacional elaborado para cada operação coordenada pela Agência». Essa disposição alterava o artigo 8.º-E, n.º 1, do regulamento Frontex, de acordo com o qual «[o] diretor executivo [da Agência] e o Estado-Membro requerente devem elaborar um plano operacional que precise as condições específicas do destacamento das equipas» [56]. Além disso, a mesma impunha a inserção no plano operacional de regras relativas às modalidades de desembarque das pessoas intercetadas ou socorridas e alterava sensivelmente o papel dos guardas de fronteira participantes na operação. Em sede de réplica, o Parlamento acrescenta que a decisão impugnada amplia o âmbito de aplicação territorial do regulamento Frontex, como definido no seu artigo 1.º-A, n.º 1.

75. O Conselho e a Comissão consideram, antes de mais, que, por força do artigo 16.º, n.º 1, do CFS, as operações de vigilância devem ser conduzidas pelos Estados-Membros em estreita cooperação entre si e que, como especificado no n.º 2 do mesmo artigo, essa cooperação é coordenada pela Agência Frontex. É, portanto, inevitável uma conexão com o regulamento Frontex. Recusam, no entanto, que a decisão impugnada tenha por efeito alterar esse regulamento. Observam que a inclusão das regras constantes da decisão impugnada no plano operacional não implica tal alteração, dado que essas regras, que fixam as modalidades da vigilância, podem facilmente ser inseridas nos elementos do plano enumerados nas alíneas c) ou d) do artigo 8.º-E do regulamento Frontex [57]. A Comissão acrescenta que os destinatários da decisão impugnada são unicamente os Estados-Membros, aos quais incumbirá, no momento em que são chamados a estabelecer um plano operacional com a Agência, proceder de modo a que o anexo da decisão seja incluído nesse plano. A decisão impugnada não tem, por conseguinte, qualquer incidência sobre o funcionamento da Agência. É, pelo contrário, o regulamento Frontex que determina a extensão da obrigação que a decisão impugnada põe a cargo dos Estados-Membros. Finalmente, o Conselho alega que, ainda que se devesse considerar que a decisão impugnada altera as disposições dos artigos 8.º-E e 8.º-G, acrescentando novos elementos não essenciais, essa decisão não seria mesmo assim ilegal, dada a complementaridade entre o CFS e o regulamento Frontex, enquanto instrumentos jurídicos para a execução da política de gestão das fronteiras externas prevista no artigo 77.º TFUE.

b) Análise

76. Antes de mais, deve ser rejeitado o argumento, apresentado a título subsidiário pelo Conselho, segundo o qual a decisão impugnada não seria ilegal, mesmo se alterasse o regulamento Frontex. Como o Parlamento corretamente afirmou, a Comissão (ou o Conselho), no exercício das suas competências de execução, não está habilitada a alterar um ato legislativo diferente do ato de base pelo simples facto de os dois instrumentos jurídicos regularem aspetos diferentes de uma mesma questão e poderem, de certo modo, ser considerados complementares. Também a Comissão está de acordo neste ponto.

77. Assim, é necessário examinar se, como sustenta o Parlamento, a decisão impugnada altera o regulamento Frontex ou tem por efeito alterar elementos desse regulamento.

78. Existe, indubitavelmente uma relação entre os dois atos, como tanto o Conselho como a Comissão corretamente observam. O CFS e a regulamentação adotada para sua execução destinam-se a ser aplicados, também, a operações de vigilância conduzidas pela Frontex e o papel da Agência na coordenação da cooperação operacional entre os Estados-Membros na gestão das fronteiras externas é expressamente reconhecido no artigo 16.º, n.º 2, do CFS.

56 — Com base em alterações posteriores ao regulamento Frontex, atualmente o artigo 8.º-E aplica-se apenas às intervenções rápidas.

57 — As alíneas c) e d) do artigo 8.º-E indicam como elementos a definir no plano operacional, respetivamente, a «zona geográfica da responsabilidade do Estado-Membro requerente para onde serão destacadas as equipas» e a «descrição das tarefas e instruções especiais para os membros das equipas».

79. Contudo, nem essa, nem nenhuma outra disposição do CFS estabelece regras, ou autoriza a adoção de medidas, destinadas a regular a cooperação operacional entre Estados-Membros na gestão das fronteiras externas da Comunidade. E não poderia ser de outra forma, na medida em que o artigo 66.º CE, que conferiu ao Conselho o poder de adotar tais medidas — e no qual se baseia o regulamento Frontex —, não figura entre as bases jurídicas do CFS [58]. Além disso, o CFS prevê a obrigação de os Estados-Membros não interferirem no funcionamento da Frontex. Ao autorizar estes últimos a prosseguir, fora da Frontex, a cooperação operacional com outros Estados-Membros e/ou com países terceiros nas fronteiras externas, com efeito, o artigo 16.º, n.º 3, primeiro período, do CFS põe como condição que essa cooperação complemente as atividades da Agência e, di-lo expressamente, sem prejuízo das competências desta última. Por outro lado, por força do segundo período da mesma disposição, «[o]s Estados-Membros abster-se-ão de qualquer atividade que possa comprometer o funcionamento ou a realização dos objetivos da Agência» [59].

80. Face ao que acima foi exposto, a decisão impugnada propõe-se, como objetivo primário, adotar, «no contexto da cooperação operacional coordenada pela Agência, bem como para reforçar essa cooperação», «normas adicionais aplicáveis à vigilância das fronteiras marítimas por guardas de fronteira» (segundo e décimo primeiro considerandos) e dispõe, no seu artigo 1.º, que essa vigilância «é regida pelas regras estabelecidas na parte I do anexo», prevendo, para esse efeito, que «[e]ssas regras e as diretrizes não vinculativas constantes da parte II do anexo fazem parte do plano operacional elaborado para cada operação coordenada pela Agência» [60].

81. É verdade que, como em especial a Comissão faz notar, a decisão impugnada cria obrigações a cargo unicamente dos Estados-Membros e não da Agência e, na medida em que o plano operacional deve ser acordado entre esta última e o Estado-Membro requerente, na prática, pode acontecer que as disposições da decisão impugnada não sejam integradas no mesmo [61].

82. Isto não impede, no entanto, que o artigo 1.º da decisão impugnada reduza notavelmente a margem de manobra do Estado-Membro requerente e, por reflexo, o da Agência, interferindo potencialmente, de modo significativo, no funcionamento da mesma. Um exemplo do que foi afirmado é dado pelas vicissitudes ligadas à intervenção da Frontex solicitada por Malta em março de 2011, no contexto da crise líbia. O pedido de Malta para que, designadamente, não fossem integradas no plano operacional as orientações constantes da segunda parte do anexo da decisão impugnada teve a oposição de vários Estados-Membros e implicou longas negociações entre a Agência e o Governo maltês, impedindo o início da operação [62].

58 — O Regulamento (CE) n.º 863/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, que estabelece um mecanismo para a criação de equipas de intervenção rápida nas fronteiras, que altera o Regulamento (CE) n.º 2007/2004 do Conselho no que se refere a este mecanismo e que regulamenta as competências e tarefas dos agentes convidados (JO L 199, p. 30), também se baseia no artigo 66.º CE. O Regulamento (UE) n.º 1168/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, que altera o Regulamento (CE) n.º 2007/2004 do Conselho que cria uma Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia (JO L 304, p. 1), baseia-se no artigo 74.º TFUE, que substituiu o artigo 66.º CE, e no artigo 77.º, n.º 2, alíneas b) e d). Em especial, o artigo 77.º, n.º 2, alínea d), fornece uma base jurídica específica para a adoção de «qualquer medida necessária à introdução gradual de um sistema integrado de gestão das fronteiras externas».

59 — O artigo 16.º, n.ºs 2 e 3, do CFS retoma quase literalmente o artigo 2.º, n.º 2, do regulamento Frontex.

60 — Saliento, de passagem, que, até à entrada em vigor do Regulamento n.º 1168/2011, não estava prevista a definição de um plano operacional para todas as operações coordenadas pela Agência, mas apenas para as intervenções rápidas, cuja disciplina foi introduzida no regulamento Frontex pelo referido Regulamento n.º 863/2007.

61 — Para a operação Hermès, dirigida pela Frontex em 20 de fevereiro de 2011, no Mediterrâneo central, parece terem sido acordadas regras específicas.

62 — O caso pode ser recordado através da consulta do sítio http://migrantsatsea.wordpress.com/2011/04/03/maltese-conditions-for-hosting-frontex-mission-not-accepted-by-frontex/

83. Na realidade, o anexo da decisão impugnada no seu conjunto, incluindo as diretrizes não vinculativas — cuja força obrigatória, dado o teor do artigo 1.º, é dificilmente contestável [63] —, é entendido como fazendo parte das medidas comunitárias relativas à gestão das fronteiras externas, das quais a Agência é obrigada a garantir uma aplicação facilitada e mais eficaz, de acordo com o artigo 1.º, n.º 2, do regulamento Frontex [64].

84. Por outro lado, as diretrizes não vinculativas constantes da parte II do anexo da decisão impugnada, relativas às situações de busca e de salvamento, regulam aspetos da operação que não estão abrangidos entre as funções da Frontex. Como a própria Comissão sublinhou na proposta com base na qual a decisão impugnada foi adotada, a Frontex não é uma agência SAR [65] e «o facto de [(a)s operações marítimas coordenadas (por esta) acaba(rem) por ser na sua maioria operações de busca e salvamento] [...] subtrai-as à coordenação da Frontex» [66]. Um raciocínio análogo é válido no que respeita às regras relativas ao desembarque. Não obstante isso, a decisão impugnada prevê que as referidas diretrizes estão inseridas no plano operacional.

85. Com base nas considerações desenvolvidas, considero que, ao regular aspetos relativos à cooperação operacional entre Estados-Membros na gestão das fronteiras externas da União que estão incluídos na esfera de aplicação do regulamento Frontex e, de qualquer modo, ao estabelecer regras que interferem no funcionamento da Agência criada nesse regulamento, a decisão impugnada excede os limites das competências de execução atribuídas pelo artigo 12.º, n.º 5, do CFS.

86. Antes de concluir quanto a este ponto, é útil, todavia, observar que o contexto normativo ao qual se aplicam as considerações precedentes foi alterado pelo Regulamento n.º 1168/2011 [67]. Este regulamento, além do mais, inseriu no artigo 1.º, n.º 2, uma referência expressa ao CFS, acrescentou no artigo 2.º, n.º 1, que define as funções da Agência, uma alínea d-A), que prevê a assistência da Agência em «situações [que] po[ssam] implicar emergências humanitárias e salvamento no mar», bem como passou a prever, na alínea j) do novo artigo 3.º-A e do artigo 8.º-E, os elementos a incluir no plano operacional em caso de operações marítimas, entre os quais figuram «referências ao direito internacional e da União relativo à interceção, ao salvamento no mar e ao desembarque».

87. Ora, mesmo supondo que tal alteração legislativa deva ser tomada em consideração no quadro do presente processo, isso não afeta a conclusão a que acima chegámos. Com efeito, mesmo após a entrada em vigor do Regulamento n.º 1168/2011, as medidas destinadas a definir as regras práticas das operações marítimas coordenadas pela Frontex continuam a ser, na realidade, reguladas por remissão para um ato de execução de um instrumento jurídico diferente, ele mesmo assente numa base jurídica que não teria permitido, por si só, a adoção de tais medidas. Ao prever essas disposições, a decisão impugnada ultrapassou os limites das competências de execução atribuídas no artigo 12.º, n.º 5, do CFS.

88. Em conclusão, considero que também a terceira crítica do Parlamento deve ser julgada procedente.

C — *Conclusões quanto ao recurso*

89. Com base nas considerações precedentes, na minha opinião, deve ser dado provimento ao recurso, e a decisão impugnada deve ser anulada.

63 — O caráter vinculativo das diretrizes é reconhecido pela própria Comissão no âmbito do presente processo.

64 — V., neste sentido, a carta do Comissário Malmström ao Ministro do Interior maltês, de 1 de abril de 2011, no quadro do pedido de assistência apresentado por Malta, que acima se referiu.

65 — Cuja criação foi prevista na Convenção SAR, já referida na nota 52.

66 — COM (2009) 658 final.

67 — Já referido na nota 58.

IV — Quanto ao pedido, formulado pelo Parlamento, de que sejam mantidos os efeitos da decisão impugnada

90. O Parlamento pede ao Tribunal de Justiça que, caso decida anular a decisão impugnada, determine que os seus efeitos sejam mantidos até à aprovação de um novo ato, por força dos poderes que lhe são conferidos pelo artigo 264.º, segundo parágrafo, TFUE. Essa disposição, de acordo com a qual «o Tribunal indica, quando o considerar necessário, quais os efeitos do ato anulado que se devem considerar subsistentes», foi utilizada também para manter temporariamente todos os efeitos desse ato, aguardando a sua substituição [68].

91. No caso em apreço, a anulação pura e simples da decisão impugnada privaria a União de um importante instrumento jurídico destinado a coordenar a ação conjunta dos Estados-Membros na gestão da atividade de vigilância das fronteiras marítimas da União e a tornar essa atividade mais conforme com os direitos humanos e com o regime de proteção dos refugiados.

92. Pelos motivos expostos, considero que o pedido do Parlamento deve ser acolhido e que os efeitos da decisão impugnada devem ser mantidos até à entrada em vigor de um ato adotado de acordo com o processo legislativo ordinário.

V — Conclusões

93. À luz do conjunto de considerações precedentes, sugiro que o Tribunal de Justiça:

— julgue improcedente a questão prévia suscitada pelo Conselho e declare o recurso admissível;

— dê provimento ao recurso quanto ao mérito e anule a decisão impugnada;

— declare que os efeitos da mesma são mantidos até à entrada em vigor de um ato adotado de acordo com o processo legislativo ordinário;

— condene o Conselho nas despesas e declare que a Comissão suportará as suas próprias despesas.

68 — V., *inter alia*, acórdãos de 3 de setembro de 2009, Parlamento/Conselho (C-166/07, Colet., p. I-7135), e de 3 de setembro de 2008, Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão (C-402/05 P e C-415/05 P, Colet., p. I-6351, n.os 373 e segs.), em aplicação do artigo 231.º, segundo parágrafo, CE, bem como acórdão de 7 de julho de 1992, Parlamento/Conselho (C-295/90, Colet., p. I-4193, n.os 22 e segs.), relativamente ao artigo 174.º, segundo parágrafo, do Tratado CEE.