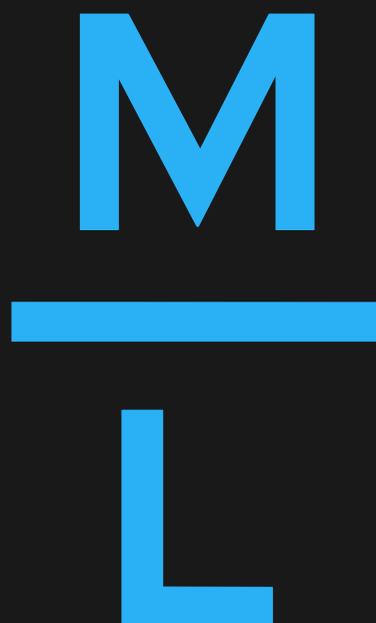


MORAIS LEITÃO

GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA
& ASSOCIADOS

BREXIT: UMA DECISÃO (IR)REVERSÍVEL?



Lisboa-Porto
-Funchal-Luanda-
Maputo-Macau
-Hong Kong

BREXIT: UMA DECISÃO (IR)REVERSÍVEL?

Desde que o Parlamento britânico rejeitou, no passado dia 15 de janeiro, o acordo de saída negociado arduamente, ao longo de quase dois anos, entre o Governo da Primeira-ministra Theresa May e a União Europeia (e que havia entretanto já sido aprovado pelo Conselho Europeu em novembro passado)¹, que a grande incerteza que tem rodeado o *Brexit* se intensificou. Nestes dias o Reino Unido encontra-se perante um impasse político, marcado a nível interno por posições cada vez mais extremadas e sem que se vislumbrem sinais de um compromisso realista², o que é particularmente preocupante, quando faltam menos de dois meses para o dia 29 de março de 2019, a data prevista para a saída do Reino Unido da União.

No meio desta turbulência política, o Tribunal de Justiça da União Europeia veio recentemente clarificar as opções ao dispor do Governo e Parlamento britânicos, ao confirmar no já célebre acórdão *Wightman*, em resposta ao reenvio prejudicial de um tribunal escocês, que até à data efetiva de saída o Reino Unido, se assim o entender, é inteiramente livre de revogar unilateralmente a notificação da sua intenção de se retirar da União Europeia, pondo fim ao processo de retirada e permanecendo como Estado-Membro na União³.

Esta decisão teve o assinalável alcance prático de tornar claro que a decisão do Reino Unido de iniciar o processo de saída da União

Europeia nem é irreversível, nem a sua eventual revogação se encontra dependente da aprovação unânime dos restantes 27 Estados-Membros, contrariamente ao que era defendido por muitos, incluindo o Conselho e a Comissão Europeia.

Assim, para além de uma *saída da União sem acordo* (o chamado “*No Deal Brexit*”, hipótese que, apesar de ser a mais prejudicial, de todas as perspetivas, se tem tornado perigosamente provável), e de uma *saída com acordo* (cada vez mais incerta, considerando a dificuldade em encontrar soluções alternativas ao acordo alcançado pelo Governo britânico e pela União), a terceira hipótese, de uma reversão do processo de saída (“*No Brexit*”, que na prática apenas seria possível na sequência de um segundo referendo), não pode de todo ser excluída.

O Brexit e o processo *Wightman*

No referendo de 23 de junho de 2016, a maioria dos eleitores britânicos votou pela saída do Reino Unido da União Europeia. O direito de secessão e o processo de saída encontram-se previstos no artigo 50.º do Tratado da União Europeia (TUE), o qual prevê que o processo deve ser iniciado pelo Estado-Membro que pretende retirar-se da União, através de uma notificação formal ao Conselho Europeu da sua intenção de sair. A entrega desta notificação desencadeia a contagem de um prazo de dois anos para o Estado-Membro e a União negociarem as condições da saída. Após o termo do prazo de dois anos, mesmo na ausência de acordo o

¹ *Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community* (disponível [aqui](#)), aprovado pelo Conselho Europeu na reunião extraordinária de 25 de novembro de 2018 (conclusões disponíveis [aqui](#)).

² Sir Ivan Rogers [antigo Representante Permanente do Reino Unido junto da União Europeia], *Where did Brexit come from and where it is going to take the UK*, *Lecture at the UCL European Institute*, 22 de janeiro de 2019, disponível [aqui](#).

³ Acórdão do Tribunal de Justiça (tribunal pleno) de 10 de dezembro de 2018, *Andy Wightman e o. contra Secretary of State for Exiting the European Union*, proc. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, disponível [aqui](#).

Estado deixa automaticamente de ser membro da União, a não ser que o Conselho Europeu, por unanimidade, consinta em prorrogar tal prazo, com o acordo do Estado-Membro em causa. A notificação “artigo 50.º” foi entregue pelo Governo britânico ao Conselho Europeu em 29 de março de 2017, e nesse momento iniciou-se o prazo de dois anos para as negociações, que se encontra prestes a terminar, exceto se for prorrogado (uma das hipóteses presentemente em discussão no Reino Unido, mas que, mesmo que obtenha consenso político, dependerá em todo o caso do acordo unânime dos restantes 27 Estados-Membros no Conselho Europeu).

No decurso das negociações, e após o Supremo Tribunal do Reino Unido ter declarado, no acórdão *Miller*, que as regras constitucionais britânicas (não escritas) requerem a aprovação do acordo de saída pelo Parlamento⁴, um conjunto de membros dos parlamentos britânico, escocês e europeu, liderados por Andy Wightman, deram início em dezembro de 2017 a um processo judicial no *Court of Session (Outer House)* em Edimburgo, visando uma sentença declarativa que esclarecesse se, e em que termos, a notificação “artigo 50.º” efetuada pelo Reino Unido pode ser revogada, e convidando o tribunal a submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

Embora em primeira instância o tribunal tenha recusado o processo (considerando que a questão era hipotética e, em todo o caso, violava a soberania parlamentar do Parlamento em Westminster), em sede de recurso o *Court of Session (Inner House)* admitiu o pedido e decidiu, em 3 de outubro de 2018, colocar uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça, por entender

que existia efetivamente uma dúvida quanto à interpretação do artigo 50.º e a resposta do Tribunal de Justiça clarificaria as opções ao dispor dos membros do Parlamento britânico quando tivessem de aprovar (ou rejeitar) o acordo de saída alcançado entre o Reino Unido e a União.

O acórdão do Tribunal de Justiça

Reconhecendo de imediato a “*importância fundamental*” da aplicação do artigo 50.º para o Reino Unido e para o ordenamento constitucional da União, assim como a urgência de uma resposta, o Tribunal de Justiça decidiu apreciar o processo em formação de Tribunal Pleno (a única vez que tal sucedeu no ano passado) e em tramitação acelerada⁵, tendo o acórdão de 10 de dezembro de 2018 sido proferido num prazo recorde, decorridos pouco mais de dois meses após a entrada do pedido, e apenas seis dias após a apresentação das conclusões do Advogado-geral⁶.

O Governo britânico limitou-se a alegar perante o Tribunal de Justiça que o pedido prejudicial era inadmissível, por ser hipotético, uma vez que o Governo não tinha qualquer intenção de revogar a notificação “artigo 50.º”, e não refletir nenhum litígio concreto. Contudo, o Tribunal de Justiça concordou com o *Court of Session* e declarou o pedido admissível. Nos termos de jurisprudência assente, as questões prejudiciais gozam de uma presunção de pertinência, e, para além disso, no caso concreto não só o mecanismo processual de *judicial review* utilizado era inteiramente legítimo à luz do direito escocês, como existia verdadeiramente um litígio perante o tribunal nacional, para cuja resolução a interpretação de uma disposição de direito da União (no

⁴ Acórdão do *United Kingdom Supreme Court* de 24 de janeiro de 2017, *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5, disponível [aqui](#).

⁵ Despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 19 de outubro de 2018 («Tramitação acelerada»), *Andy Wightman e o. contra Secretary of State for Exiting the European Union*, proc. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:851, disponível [aqui](#).

⁶ Conclusões do Advogado geral M. Campos Sánchez Bordona apresentadas em 4 de dezembro de 2018, proc. C-621/18, *Andy Wightman e o. contra Secretary of State for Exiting the European Union*, disponíveis [aqui](#).

caso o artigo 50.º do TUE) era objetivamente necessária – aliás, tal questão era precisamente o objeto do litígio no processo principal.

Em confronto perante o Tribunal de Justiça estavam duas interpretações distintas do artigo 50.º: ambas admitiam a possibilidade de revogação da notificação de intenção de sair, mas em condições diferentes. Os recorrentes defendiam que um Estado-Membro tem o direito de revogar, de forma unilateral, a notificação “artigo 50.º”, desde que o faça no respeito das suas normas constitucionais nacionais. Pelo contrário, as Instituições europeias (o Conselho e a Comissão) contestavam o carácter unilateral deste direito, alegando o risco de abusos por parte do Estado-Membro em causa, designadamente a utilização “tática” do direito de revogação, para assim conseguir reabrir um novo prazo de negociações de dois anos ou melhorar os termos de um acordo já negociado. Sustentavam por isso que a revogação da notificação de saída deveria depender da aprovação do Conselho Europeu por unanimidade (ou seja, dos restantes 27 Estados-Membros), aplicando por analogia a regra processual do artigo 50.º sobre a prorrogação do prazo de negociações.

Não contendo o artigo 50.º qualquer referência expressa à eventual revogação da notificação da intenção de saída, o Tribunal começou por constatar que, na sua letra, esta disposição não proíbe nem autoriza a revogação unilateral. Em todo o caso, tal como o Advogado-geral, o Tribunal notou que a menção no artigo 50.º à “intenção” de sair da União sugere que a notificação é revogável, pois uma *intenção*, por natureza, não é definitiva nem irrevogável.

Mais importante, para o Tribunal, foi a circunstância de o artigo 50.º prosseguir duas finalidades, ou objetivos, distintos. Por um lado, o n.º 1 confere a cada Estado-Membro o “*direito soberano*” a retirar-se da União, em conformidade

com as respetivas normas constitucionais, direito esse que não depende do acordo dos restantes Estados-Membros nem das Instituições da União, mas apenas “*da sua escolha soberana*”. Por outro, os n.ºs 2 e 3 regulam o *processo de saída*, através da previsão de três momentos ou fases: (i) a notificação da intenção de saída ao Conselho Europeu, (ii) a negociação e celebração de um acordo de saída, e (iii) a saída propriamente dita, na data da entrada em vigor desse acordo ou, na falta de acordo, dois anos após a notificação, exceto se o Conselho Europeu, por unanimidade e com o acordo do Estado-Membro, decidir prorrogar esse prazo.

Como bem assinala o acórdão, o carácter soberano do direito de retirada significa que a revogação da notificação da intenção de retirada (que integra o exercício do direito de saída, e está assim sujeita apenas às normas constitucionais do Estado-Membro em causa) tem uma natureza substantiva, *fundamentalmente distinta* da norma processual que prevê o consentimento unânime dos restantes Estados-Membros na eventualidade de um pedido de prorrogação do período de negociações, pelo que a sua aplicação por analogia neste caso não é admissível.

Acima de tudo, o Tribunal afirmou categoricamente que *um Estado não pode ser obrigado a retirar-se da União contra a sua vontade*, sublinhando o contexto do artigo 50.º e os valores fundamentais da União Europeia (em especial a liberdade, a democracia e a prossecução de uma união mais estreita entre os povos da Europa), bem como o *estatuto fundamental de cidadãos europeus* dos nacionais dos Estado-Membros, cujos direitos seriam afetados pela eventual saída de um Estado-Membro da União. Condicionar a revogação de uma notificação “artigo 50.º” à aprovação dos restantes Estados-Membros transformaria um direito soberano num *direito condicional sujeito a um procedimento de aprovação*, o que seria contrário a tais valores.



Em apoio a esta interpretação, o Tribunal de Justiça recordou ainda os trabalhos preparatórios da cláusula substancialmente idêntica ao artigo 50.º no gorado Tratado Constitucional de 2004 (que veio a ser substituído pelo Tratado de Lisboa, após ter sido rejeitado por referendos em França e nos Países Baixos)⁷, no âmbito dos quais haviam sido discutidas disposições que permitiam expulsar um Estrado-Membro ou evitar o risco de abusos no processo de saída, todas rejeitadas com o fundamento expresso de ser necessário salvaguardar o *caráter voluntário e unilateral da decisão de saída*.

Por outro lado, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (o principal instrumento em direito internacional em matéria de tratados, que havia também sido tomada em conta nos trabalhos preparatórios do Tratado Constitucional) prevê que, no caso de um tratado autorizar a retirada de um dos seus Estados-membros, a notificação de retirada pode ser revogada a qualquer momento antes de ter produzido efeitos.

Tudo isto levou o Tribunal de Justiça a concluir que um Estado-Membro, que continua a ser membro de pleno direito da União enquanto não tiver entrado em vigor um acordo de saída ou não tiver expirado o prazo de dois anos previsto no artigo 50.º, n.º 3 (eventualmente prorrogado, se for o caso), conserva até esse momento o direito de revogar de forma unilateral a notificação da sua intenção de retirada da União, em conformidade com as respetivas normas constitucionais.

O tribunal escocês pretendia ainda ser esclarecido sobre as *condições* em que a revogação poderia ser realizada e quais os seus *efeitos*. Após a profundidade e o detalhe da sua análise anterior, a simplicidade da resposta do Tribunal não deixa de ser quase desconcertante: tal como para a

notificação original, o único requisito formal exigível é o de que a revogação seja objeto de uma *comunicação escrita* ao Conselho Europeu, e que a mesma seja formulada em termos *unívocos e incondicionais*, no sentido de que o Estado-Membro confirma a sua pertença à União, em termos inalterados, pondo assim fim ao processo de retirada.

Comentário

Num processo marcadamente político tão complexo e conturbado como tem sido o *Brexit*, a própria existência do acórdão *Wightman* não deixa de ser algo surpreendente. Os recorrentes são políticos ativos e membros de três parlamentos (a *House of Commons* em Londres, o *Scottish Parliament* e o Parlamento Europeu), e certamente terão escolhido o Court of Session de Edimburgo para apresentar o seu pedido de *judicial review*, com o objetivo expresso de provocar um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça, por acreditarem (provavelmente não sem algum fundamento) que teriam melhores hipóteses de o pedido ser admitido por um tribunal escocês do que se o mesmo tivesse sido apresentado num tribunal inglês (no referendo de 2016 62% dos eleitores escoceses votaram pela permanência do Reino Unido na União Europeia). Mesmo assim, em primeira instância o processo foi declarado inadmissível, e só em sede de recurso foi admitido e o tribunal aceitou colocar a questão prejudicial ao Tribunal de Justiça. (O Governo britânico tentou ainda recorrer para o *UK Supreme Court* em Londres, mas este tribunal decidiu não admitir o recurso⁸.)

Confrontado com o pedido de decisão prejudicial, seria praticamente impossível que o Tribunal de Justiça se considerasse incompetente. Para além da evidente importância do caso para o Reino Unido e para o próprio direito constitucional da União, por princípio o Tribunal de Justiça adota uma posição de considerável deferência para com os tribunais

⁷ Cf. o artigo I-60.º do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, de 29 de outubro de 2004, JO C 310, de 16.12.2004, p. 1.

⁸ *UK Supreme Court, In the matter of Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) v Wightman and others (Respondents), Permission to appeal determination*, de 20 de novembro de 2018, disponível [aqui](#).

nacionais no contexto de um processo de reenvio prejudicial, que constitui o principal mecanismo processual para garantir a aplicação uniforme do direito da União. Mas também porque, no caso concreto, a via processual utilizada era legítima à luz do direito escocês (inclusivamente já havia sido utilizada em processos prejudiciais anteriores, como notou o Advogado-geral) e era evidente que a questão colocada ao Tribunal de Justiça era determinante para a resolução do litígio perante o tribunal nacional.

Devemos reconhecer que, quanto à questão de fundo, o entendimento do Tribunal de Justiça revelou independência, e até alguma coragem, pois subscreve uma interpretação contrária à defendida pela Comissão Europeia, responsável pela condução das negociações de saída com o Reino Unido, e pelo Conselho, que reúne os Estados-Membros da União.

A análise do Tribunal de Justiça (e do Advogado-geral, cujas conclusões, juridicamente sólidas, foram no essencial retomadas pelo Tribunal) partiu do reconhecimento do direito de saída dos Estados-Membros, consagrado no TUE desde o Tratado de Lisboa, como sendo um *direito soberano*, que seria posto em causa se a revogação da notificação de intenção de sair pudesse ser condicionada pelos restantes Estados-Membros. Na interpretação do artigo 50.º o Tribunal atribuiu ainda, a nosso ver corretamente, importância decisiva aos valores fundamentais da União (em particular à *democracia e à união mais estreita entre os povos europeus*, bem como à *cidadania europeia dos nacionais dos Estados-Membros*), pois a decisão de saída de um Estado-Membro afeta forçosamente os interesses de todos os cidadãos da União, não só os nacionais desse Estado, mas também os de outros Estados-Membros. Ora, seria claramente contrário a tais valores que, na pendência do processo de saída, tendo um Estado-Membro decidido por via democrática reverter a sua

intenção de sair, fosse mesmo assim obrigado a retirar-se da União (e todos os cidadãos europeus a suportar as respetivas consequências), apenas por não existir unanimidade no Conselho Europeu, a qual poderia inclusivamente dever-se ao veto de apenas um outro Estado-Membro, e por razões não necessariamente ligadas ao processo de saída.

O Tribunal de Justiça não abordou expressamente o risco de utilização abusiva do direito de revogação da notificação “artigo 50.º”, que estava na base do receio da Comissão e do Conselho. A este respeito, e como acertadamente referiu o Advogado-geral, a *existência* de um direito não pode ser condicionada pelo seu eventual *exercício abusivo*, o qual configura sempre uma situação *patológica* que poderá ser combatida com os instrumentos jurídicos adequados. Em particular, uma tal atuação por parte de um Estado-Membro seria contrária aos princípios da boa-fé e da cooperação leal (artigo 4.º, n.º 3 do TUE), bem como ao princípio geral de proibição de práticas abusivas consagrado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, e poderia ser como tal declarada pelo Tribunal de Justiça⁹. Por outro lado, embora a eventualidade de uma “revogação abusiva” não possa ser completamente excluída, é forçoso reconhecer que a reversão do processo de saída configura uma decisão de tão grande importância para a vida política e constitucional de um Estado-Membro – a qual, no caso do Reino Unido, resultaria necessariamente da aprovação do Parlamento e, com toda a probabilidade, da realização de um segundo referendo – que na realidade dificilmente poderá ser tomada de ânimo leve por um Estado-Membro, ou com mero interesse *tático*.

No acórdão *Wightman*, o Tribunal de Justiça confirmou que o Brexit não é uma “*one way street with no exits*” e que, se o Reino Unido assim o quiser, tem a faculdade de unilateralmente pôr termo ao processo de saída e permanecer na União. Não sendo certo que esse venha a ser o

⁹ Sir David Edward QC, Sir Francis Jacobs QC, Sir Jeremy Lever QC (*retired*), Helen Mountfield QC and Gerry Facenna QC, “*In the matter of Article 50 of the Treaty on European Union – Opinion*” (a “*Three Knights Opinion*”), 10 de fevereiro 2017, disponível [aqui](#).

desfecho desta história conturbada, uma decisão *unilateral* parece, em todo o caso, cada vez menos provável. De acordo com a tradição constitucional britânica, a eventual reversão do Brexit pressuporia necessariamente a realização de um segundo referendo, do qual resultasse uma maioria favorável à permanência na União. Ora, mesmo que até ao próximo dia 29 de março venha a formar-se um consenso político no Parlamento britânico para a convocação de um novo referendo (o que, pelo menos no momento presente, está longe de corresponder à realidade), será impossível que o mesmo se realize no curtíssimo prazo disponível. O que, na realidade, significa que o Reino Unido, caso pretenda revogar unilateralmente a notificação da sua intenção de retirada da União, será sempre forçado a pedir a prorrogação do período de dois anos, nos termos do artigo 50.º – e a solicitar o acordo unânime dos restantes Estados-Membros.



MORAIS LEITÃO
GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA
& ASSOCIADOS

Com o cliente,
em qualquer lugar,
em qualquer
momento.



**MORAIS LEITÃO, GALVÃO
TELES, SOARES DA SILVA
& ASSOCIADOS**

LISBOA

Rua Castilho, 165
1070-050 Lisboa
T +351 213 817 400
F +351 213 817 499
mlgtslisboa@mlgts.pt

PORTO

Avenida da Boavista, 3265 – 4.2
Edifício Oceanvs
4100-137 Porto
T +351 226 166 950 - 226 052 380
F +351 226 163 810 - 226 052 399
mlgtsporto@mlgts.pt

FUNCHAL

Av. Arriaga, n.º 73, 1.º, Sala 113
Edifício Marina Club
9000-060 Funchal
T +351 291 200 040
F +351 291 200 049
mlgtsmadeira@mlgts.pt

mlgts.pt

ALC ADVOCADOS

LUANDA

Masuika Office Plaza
Edifício MKO A, Piso 5, Escritório A/B
Talatona, Município de Belas
Luanda – Angola
T +244 926 877 476/8/9
T +244 926 877 481
geral@alcadvogados.com

alcadvogados.com

HRA ADVOCADOS

MAPUTO

Avenida Marginal, 141, Torres Rani
Torre de Escritórios, 8.º piso
Maputo – Moçambique
T +258 21 344000
F +258 21 344099
geral@hrlegalcircle.com

hrlegalcircle.com

MdME LAWYERS

MACAU

Avenida da Praia Grande, 409
China Law Building
21/F and 23/F A-B, Macau
T +853 2833 3332
F +853 2833 3331
mdme@mdme.com.mo

HONG KONG

Unit 2503 B
25F Golden Centre
188 Des Voeux Road
Central, Hong Kong
T +852 3619 1180
F +853 2833 3331
mdme@mdme.com.mo

Foreign Law Firm

mdme.com.mo