



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Carolina Rita Belo Lucas

**A Interpretação do Princípio *Ne Bis in Idem* no Espaço de Liberdade,
Segurança e Justiça
Entre a Triangulação Jurisdicional e a Pluralidade Legislativa**

The Interpretation of *Ne Bis in Idem* Principle in European Union's Area of
Freedom, Security and Justice
Between Jurisdictional Triangulation and Legislative Plurality

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, sob orientação do Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro.

Coimbra,

2017

*Aos meus pais e aos meus avós,
incondicionalmente, por tudo.*

*À Una,
pelas palavras que faltaram em vida.*

RESUMO: A partir do título da presente dissertação problematiza-se a interpretação do princípio *ne bis in idem* na sua dimensão transnacional, lançando-se, *a priori*, os dados do jogo: diversas fontes legais e três instâncias com competência para definir o âmbito de aplicação do “direito a não ser julgado ou punido duas vezes pelos mesmos factos”. Numa ordem jurídica em construção, como é a União Europeia, as vozes a reclamar a coerência do sistema fazem-se ouvir a decibéis mais elevados. Importa, assim, questionar se as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e dos tribunais nacionais estão em unísono na aplicação de um princípio que, a partir do Tratado de Lisboa, goza de estatuto de direito fundamental. Num exercício de desconstrução dos elementos literais do princípio, aborda-se a concretização do “*idem*” e do “*bis*”, assim como outros problemas conexos, a partir dos textos da CAAS, da CEDH e da CDFUE. A referência à Área de Liberdade, Segurança e Justiça encerra também uma tensão correlacionada: qual destes valores prevalece na *práxis* judiciária na aplicação do princípio em apreço?

Palavras-chave: *ne bis in idem*; caso julgado; litispendência; conflitos de jurisdição; Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; Mandado de Detenção Europeu; Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; Tribunal de Justiça da União Europeia; sanções administrativas; sanções penais; Direito Penal europeu;

ABSTRACT: From the title of this dissertation, the *ne bis in idem* principle is interpreted in its transnational dimension, launching, *a priori*, the data of the game: several legal sources and three courts with competence to define the scope of application of the "the right not to be tried or punished twice for the same facts". In a legal order under construction like the European Union, voices calling for the coherence of the system make themselves be heard in the highest decibels. It is therefore necessary to ask whether the decisions of the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights and the national courts are united in the application of a principle which enjoys the status of a fundamental right since the Treaty of Lisbon. In a deconstruction exercise of the literal elements of the principle, the "*idem*" and the "*bis*" are to be concretised, as well as other related problems, based on the texts of the CISA, the ECHR and the EUCFR. The reference to the Area of Freedom, Security and Justice also entails a correlative tension: which of these values prevails in judicial practice in applying the principle in question?

Key-words: *ne bis in idem*; *res judicata*; *lis pendens*; conflicts of jurisdiction; Convention implementing the Schengen Agreement; European Convention on Human Rights; Charter of Fundamental Rights of European Union; European Arrest Warrant; European Court of Human Rights; European Court of Justice; administrative sanctions; criminal sanctions; European Criminal Law;

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art.º - Artigo

CAAS – Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cf. - Confrontar

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CPC – Código Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

DQ – Decisão-Quadro

ELSJ – Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça

EM/EMs – Estado-Membro/Estados-Membros

LMDE – Lei do Mandado de Detenção Europeu

MDE – Mandado de Detenção Europeu

p./pp. – Página/Páginas

PE – Parlamento Europeu

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TL – Tratado de Lisboa

TR – Tribunal da Relação

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

v.g. – *verbi gratia* – por exemplo

“Não sou filósofo, e por isso não posso falar senão daquilo que vivi. Vivi o nihilismo, a resistência, a violência e a vertigem da destruição. Ao mesmo tempo, festejei o poder de criar e o esplendor da vida. Nada me autoriza, por isso, a julgar de uma forma sobranceira a época com a qual sou inteiramente solidário. Julgo-a a partir do seu interior, confundindo-me todos os dias com ela. Mas tenho, no entanto, o direito de dizer sempre aquilo que sei sobre mim e sobre os outros, na condição única de que tal não sirva para aumentar a insuportável infelicidade do mundo, mas sim para designar, nos muros obscuros que vamos tacteando, os lugares ainda invisíveis ou as portas que podem ser abertas.”

Albert Camus,
Actuelles II, 1953

ÍNDICE

RESUMO	3
ABSTRACT	4
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	5
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – A expressão “<i>ne bis in idem</i>” e o confronto com duas figuras afins: a <i>res iudicata</i> e a <i>lis pendens</i>	12
1. <i>Ne bis in idem</i> – algumas considerações preliminares.....	12
2. O <i>ne bis in idem</i> e o instituto do caso julgado	14
3. O <i>ne bis in idem</i> e a figura da litispendência	18
CAPÍTULO II - Os conflitos positivos de jurisdição e o princípio <i>ne bis in idem</i>	22
1. O problema	22
2. Medidas de prevenção e resolução dos conflitos positivos de jurisdição.....	25
3. A Decisão-Quadro relativa à prevenção e resolução de conflitos de exercício de competência em processo penal	31
4. <i>Ne bis in idem</i> processual ou material?.....	34
Capítulo III – Da pluralidade legislativa	39
1. <i>Ne bis in idem</i> interno.....	39
2. <i>Ne bis in idem</i> transnacional	40
3. O princípio no âmbito da cooperação judiciária internacional em matéria penal - o regime do Mandado de Detenção Europeu	44
3.1. Transposição do <i>ne bis in idem</i> da DQ do MDE para a Lei 65/2003, de 23 de Agosto.....	44
3.2. Conjugação do regime jurídico relativo ao <i>ne bis in idem</i> da CAAS com a DQ do MDE.....	46

Capítulo IV - A jurisprudência dos Tribunais da UE relativa à aplicação do <i>ne bis in idem</i>	49
1. O conceito de “ <i>idem</i> ”	49
1.1. O “ <i>idem</i> ” da CAAS	49
1.2. O “ <i>idem</i> ” da CEDH	56
2. O conceito de “ <i>bis</i> ”	59
2.1. O “ <i>bis</i> ” da CAAS	60
2.2. O “ <i>bis</i> ” da CEDH	67
3. A condição de execução	69
3.1. A compatibilidade com o artigo 50.º da CDFUE – o caso <i>Spasic</i>	72
3.1.1. A primeira questão prejudicial	75
3.1.2. A segunda questão prejudicial	90
4. As derrogações à aplicação do <i>ne bis in idem</i> transnacional – a pertinência atual do artigo 55.º da CAAS	91
5. Direito penal <i>versus</i> Direito Administrativo – há violação do <i>ne bis in idem</i> por imposição de sanções de natureza diversa?	95
5.1. A noção de “conduta criminal” para o TEDH	97
5.2. A posição do TEDH: os casos <i>Grande Stevens c. Itália</i> e <i>Kiiveri c. Finlândia</i>	104
5.3. A posição do TJUE: os casos <i>Bonda</i> e <i>Åkerberg Fransson</i>	108
SÍNTESE CONCLUSIVA	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118
JURISPRUDÊNCIA	129
DOCUMENTOS	133

INTRODUÇÃO

“*Acredito na justiça, mas defenderei a minha mãe antes de defender a justiça*” – assim responderia Camus quando interpelado na conferência de imprensa realizada em Estocolmo, em 1957, por ocasião da cerimónia de entrega do prémio Nobel da Literatura.

Sessenta anos após o Tratado de Roma, afirmar-se que a Europa caminha a *duas velocidades* já não é, para alguns, politicamente incorreto. Sem prejuízo de continuar a preservar-se o mesmo modelo político e societário assente no Estado de Direito e nas liberdades fundamentais, o processo de integração europeia conhece hoje desafios reveladores de evidentes fragilidades. Questões económicas, de segurança, de defesa e de política externa e humanitária ditam uma tensão sem precedentes na Europa contemporânea, dividindo uma União que se exigia - perdoe-se o pleonasma - *unida* na defesa dos valores que a erigiram e a partir dos quais cremos *ainda* ser possível referirmo-nos a uma casa de democracia ímpar.

Perante este cenário, ao jurista dos dias de hoje, sobretudo o aspirante a penalista, não é estranha a vontade de revisitar os velhos princípios do direito processual penal, na tentativa de compreender se a “reformulação” da colaboração política entre os Estados europeus estende os seus efeitos às garantias processuais dos cidadãos da União Europeia. Na presente dissertação, elegemos o princípio *ne bis in idem*, simultaneamente, como ponto de partida e de chegada para a referida aferição. Candidato eleito a ser descortinado num sem fim de páginas dedicadas à temática em apreço, escritas pelo punho dos mais prezados Autores da doutrina portuguesa e europeia, em relação a ele a nossa pretensão reconduzir-se-á a (sem, contudo, se *reduzir a*) *subir aos ombros de gigantes*¹ para, desse modo, renunciarmos à miopia num tema que, perante a fascinante problemática que suscita, merece que se ofereça ao leitor a mais clara visão das coisas.

Literalmente, *ne bis in idem* significa “não duas vezes pelo mesmo”. Juridicamente, a expressão latina concretiza-se enquanto princípio de direito, postulando que ninguém pode ser punido ou submetido a novo julgamento por factos pelos quais já tenha sido julgado. Em causa está a proteção do indivíduo contra eventuais abusos pelo Estado, impedindo que as instâncias formais de controlo exerçam arbitrariamente o seu *ius puniendi* face a uma pessoa que já tenha respondido penalmente por determinado crime. A partir desta primeira

¹ “Se eu vi mais longe foi por estar de pé sobre ombros de gigante”, assim diria o cientista britânico, I. NEWTON.

abordagem compreende-se que o princípio *ne bis in idem*, cujas origens remontam à antiguidade greco-romana², tenha hoje uma inquestionável relevância axiológica e prática nos sistemas jurídicos modernos, tendo evoluído no sentido de constituir, em si mesmo, um direito fundamental.

Há que ressaltar, contudo, que este princípio foi pensado em moldes especificamente internos, pelo que, perfeitamente, o seu âmbito, escopo e fronteiras de aplicação diferem de Estado para Estado. Com a crescente competência da União em matéria penal e, mais intensamente, no domínio do direito processual penal, interferindo na configuração e aplicação do direito penal dos Estados, urge repensar e reinterpretar este princípio num contexto transnacional, ou seja, quando um Estado manifesta a sua intenção de exercer ação penal contra um indivíduo que já foi definitivamente julgado, pelos mesmos factos, num outro Estado.

Todavia, sabemos que caminhamos sobre areias movediças. Um espaço pautado pelas três notas caracterizadoras da liberdade, segurança e justiça, no seio do qual se procuram conjugar as legislações jurídico-penais dos Estados que o compõem, não raras vezes hostis a penhorar o seu *ius puniendi*, exige dos atores judiciais um temperamento resiliente com vista a alcançar a proclamada coerência que naturalmente se exige numa ordem jurídica em construção. Os conflitos de jurisdição, bem assim as diversas fontes em que o *ne bis in idem* se encontra positivado e a dispersão da competência judicativo-decisória na aplicação do princípio acrescentam agudas dificuldades na concretização de tal tarefa.

No ensejo de contribuir para uma visão holística da problemática em apreço, cumpre enveredar pela análise cuidada dos arestos dos tribunais nacionais e da União Europeia, designadamente do TJUE, enquanto “guardião dos Tratados” e do TEDH, um legítimo “guardião dos direitos”, não negligenciando a reflexão doutrinária que com eles se inter-relaciona na *práxis* judiciária e nos implícitos processos hermenêuticos, evidenciando, deste modo, o carácter eminentemente prático e problematizante, gerador de inquietações e suscitador de dúvidas, em que se traduz a aplicação transnacional do *ne bis in idem* e pondo em especial relevo a circunstância de o raciocínio jurídico não se revelar, a todo o tempo, consonante com o respetivo *ius positum*.

² Para uma resenha histórica do princípio *ne bis in idem* na UE, J. MOTA DE CAMPOS, A. PINTO PEREIRA, J. L. MOTA DE CAMPOS, *O Direito Processual da União Europeia (contencioso comunitário)*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, ponto 153.

CAPÍTULO I – A expressão “*ne bis in idem*” e o confronto com duas figuras afins: a *res iudicata* e a *lis pendens*

1. *Ne bis in idem* – algumas considerações preliminares

O labor académico que parte de uma inquietação específica na perscrutação de um determinado fenómeno jurídico carece que comecemos por assimilar a origem e evolução histórico-social, o fundamento axiológico e o âmbito de aplicação do objeto de estudo que fecundamente se anseia problematizar.

Sem desprezitar esta imposição de justificação lógico-sistemática, a concretização de cada um destes intróitos será adensada ao longo da presente dissertação, por termos a convicção de que a abordagem dos referidos componentes resulta melhor evidenciada quando confrontada em pontos específicos do itinerário que seguiremos. Contudo, não podemos deixar de iniciar este capítulo preambular sem darmos conta, por um lado, da desambiguação da expressão *ne bis in idem* e, por outro lado, da definição do espaço físico e jurídico que servirá de palco à maturação das questões que sobre aquela orbitarão.

A proibição *bis in idem* comporta uma das mais antigas garantias do cidadão em relação àquele poder que é legitimado a intervir em *ultima e extrema ratio*. A origem onomástica e etimológica da expressão não é consensual, apesar de a maioria dos Autores a encontrarem no direito romano.

Com efeito, enquanto princípio com origens na Antiguidade clássica, o *ne bis in idem* brotou da fórmula latina *bis de eadem re ne sit actio*³ que significa, à letra, não haja dupla *ação* sobre a mesma coisa. Já nos sistemas da *common law*, o princípio adquire a designação de *double jeopardy*⁴.

A primeira inquietação com que nos deparamos é com a razão de ser do princípio. As funções atribuídas ao “direito a não ser julgado ou punido mais do que uma vez pelos mesmos factos” podem justamente ser reconduzidas a quatro⁵: “a proteção da autoridade

³ Outra formulação do princípio no direito romano é a expressão “*bis de eadem re agere non licet*”, ou seja, não é lícito acionar duas vezes pelo mesmo.

⁴ Vide sobre o presente J. M. DAMIÃO DA CUNHA, *O caso julgado parcial - questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Publicações Universidade Católica, 2002, pp. 486-487.

⁵ A sistematização e análise das funções é oferecida por V. COSTA RAMOS a partir da literatura jurídica sobre o princípio em apreço, in: *Ne bis in idem na União Europeia*, Coimbra Editora, 2009, pp. 82 a 113.

das decisões judiciais; a promoção da eficiência dos órgãos judiciários; a garantia da segurança jurídica individual; a garantia da segurança jurídica coletiva”.

Todavia, como iremos constatar a partir do confronto do *ne bis in idem* com a figura do caso julgado, as duas primeiras funções referidas são perseguidas pela *res judicata*. O *ne bis in idem*, apesar de não se mostrar alheio a essas atribuições, demarca-se daquelas por abarcar uma dimensão individual e coletiva muito forte, que se desprende das funções do sistema judiciário enquanto tal, e antes se conforma com referências estritamente axiológicas, em última análise, com a projeção do valor supremo do Direito: a dignidade da pessoa humana.

A função de garantia de segurança jurídica individual e coletiva desempenhada pelo princípio é, quiçá, mais premente no contexto transnacional com que nos ocuparemos. Importa, contudo, delimitar o âmbito da análise a que se deseja dar corpo. Na presente dissertação restringir-se-á a problematização do *ne bis in idem* ao plano das relações de concorrência horizontais⁶, isto é, interestaduais, deixando de lado quer as situações de concorrência entre os Estados e outras instituições internacionais com competência penal, quer as de conflito entre instituições internacionais.

Delimitado o plano de atuação jurídico do princípio, o recinto geográfico eleito para a sua concreta problematização será o da União Europeia, este *tertium genus*⁷ de organização política que ensaia instrumentos e ações únicas no espaço internacional, a partir dos poderes de soberania que lhe são atribuídos pelos Estados-membros que o constituem.

⁶ Delimitação estabelecida pela doutrina na problematização do *ne bis in idem* no seio da União Europeia. Por todos, vide A. MEDINA DE SEIÇA, “A aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia (aspectos de um processo ainda não transitado)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra Editora, 2009, p. 936, nota n.º 7.

⁷ Assim se refere V. MOREIRA à UE, debatendo a natureza institucional desta entidade, negando tratar-se de uma organização internacional de tipo confederal nem tão-pouco de um Estado federal, tratando-se, antes, de um “OINI” – objecto institucional não identificado, in “*Respublica*” Europeia – *Estudos de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra Editora, 2014, p. 13.

2. O *ne bis in idem* e o instituto do caso julgado

Neste primeiro momento, importa-nos proceder à destrição e compreender a relação que se estabelece entre o *ne bis in idem* e dois institutos jurídicos que com ele têm evidentes similitudes. Falamos da figura do caso julgado e da litispendência.

Traduzido em palavras simples, o primeiro questionamento que se coloca é o de saber qual é a relação que se estabelece entre o momento em que se fixa a insuscetibilidade de recurso ordinário das decisões judiciais, transformando a *res judicanda* em *res judicata*⁸ e a proibição de ser julgado duas vezes pelos mesmos factos.

Ab initio, o princípio *ne bis in idem* encontrava-se autonomizado da figura da *res judicata*. Só mais tarde se procederia à ligação entre as duas figuras, procurando-se, através da autoridade do caso julgado, evidenciar o efeito *ne bis in idem*, aportando-lhe uma dimensão protetora do indivíduo contra a arbitrariedade das instâncias formais de controlo. De um prisma inverso, seria necessário fixar o momento em que a proibição operaria: com efeito, só se incorreria em *bis in idem* após a decisão adquirir força de caso julgado.

Àquela atribuição do princípio, aditava-se uma outra de suma importância - a de garantia de paz jurídica do cidadão. Esta prerrogativa assumiu uma função particularmente relevante, designadamente em Portugal⁹, na reação ao abandono da estrutura acusatória do processo penal e à conseqüente substituição pelo processo penal de tipo inquisitório, cuja principal nota caracterizadora, para além da coincidência orgânica entre quem acusa e julga, recaía na provisoriedade das sentenças e, no seio do qual, como nos recorda Henrique Salinas¹⁰, o recurso à absolvição da instância era mecanismo recorrente para a negação do efeito do caso julgado.

Se num primeiro momento a resposta a esta transição abrupta de sistema se deu na consagração da proibição de instaurar um novo processo pelos mesmos factos, mais tarde, a evolução ocorreu no sentido de *absolutizar* o valor do caso julgado penal, acabando por

⁸ A expressão é de F. MARQUES *apud* J. THOMAZ SANDRONI, “O *ne bis in idem* transnacional na União Europeia”, Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 19.

⁹ O CPP de 1929 refletia o modelo inquisitório do processo penal, vigorando atualmente, a partir do CPP de 1987, um processo de estrutura acusatória, integrada por um princípio de investigação.

¹⁰ Cf. H. SALINAS, *Os limites objectivos do ne bis in idem e a estrutura acusatória no processo penal português*, Universidade Católica Editora, 2014, p. 119.

expandir-se cegamente o âmbito da sua tutela¹¹, afastando a possibilidade de existência de erro judiciário e elevando o instituto a uma “manifestação de verdade irrefutável”¹².

Assim, do expoente do processo inquisitório francês, evidenciado através da regra do *plus amplement informé*¹³, transitou-se para uma limitação quase absoluta do direito à revisão de sentenças condenatórias injustas, como corolário da hiperbolização do valor do caso julgado.

Foi com a abolição daquela regra e no contexto histórico do Iluminismo, que o *ne bis in idem* teve a sua primeira consagração constitucional, em 1791, no artigo 9.º da Constituição Francesa, consequência da afirmação da liberdade dos cidadãos face ao Estado. Neste sentido, Taipa de Carvalho ensina-nos que “o princípio do caso julgado penal, na sua dimensão negativa do *ne bis in idem*, afirmou-se, constitucionalmente, a partir do século XVIII, na consagração do contexto do Estado de Direito, como instrumento de garantia política do cidadão contra a arbitrariedade da perseguição criminal”¹⁴. A partir daqui, retomou-se a relativização do instituto do caso julgado, já não decorrente das notas caracterizadoras do sistema penal, como o foi aquando da imposição do processo penal inquisitório, mas antes por “passar a ser compreendido [apenas] à luz da sua função de garantia política do cidadão e respetiva exigência negativa, concretizada no princípio *ne bis in idem*”¹⁵.

Pelo exposto, depreende-se a razão de o *ne bis in idem* se encontrar umbilicalmente ligado ao caso julgado, sendo concebido como um elemento integrante deste instituto. Não obstante, à luz das conceções atuais do princípio e no contexto transnacional que aqui tratamos, seguimos a tese defendida por Lelieur-Fischer¹⁶, corroborada, entre nós, por

¹¹ *Idem, ibidem* para uma descrição pormenorizada da evolução do caso julgado, passando pelas diferentes conceções doutrinárias que pugnavam quer pela sua absolutização, quer, mais tarde, pela sua relativização, pp. 116 a 139.

¹² A expressão é de J. CONDE CORREIA, *O “mito do caso julgado” e a revisão propter nova*, Coimbra Editora, 2010, p. 33. O Autor sintetiza a *permeabilidade* do valor do caso julgado face às sensibilidades de cada época histórica, elegendo o instituto como uma das figuras chave na denotação da dicotomia segurança jurídica/verdade material, concretizando que a tutela conferida é maior ou menor consoante estejamos perante um ou outro destes objetivos.

¹³ Tratava-se de uma regra verdadeiramente perpetuadora do processo criminal, na medida em que dispunha que, não se demonstrando a inocência do réu, a sentença que o absolvía era provisória, podendo vir a ser sujeito a novo julgamento *ad eternum*, caso fossem descobertos novos meios de prova.

¹⁴ Cf. A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal Parte Geral: Questões Fundamentais*. Publicações Universidade Católica, 2006, p. 236.

¹⁵ Neste sentido, H. SALINAS, cit. n.º [10], p. 142.

¹⁶ Cf. J. LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem*, Tese de Doutoramento apresentada à Université Panthéon-Sorbonne, 2005. A Autora divide a dissertação em duas partes, dedicando a primeira à crítica da ligação estabelecida entre o *ne bis in idem* e a autoridade do caso julgado, culminando, na segunda parte, com

Vânia Costa Ramos¹⁷ e Henrique Salinas¹⁸, bem como, na aplicação do princípio a nível interno, em certa medida, por Damião da Cunha¹⁹, na qual a Autora pugna pela autonomização do princípio *ne bis in idem* da figura do caso julgado, concluindo que o fundamento da regra *ne bis in idem* se desbrava a partir do valor supremo da dignidade da pessoa humana, impondo a unicidade da ação punitiva contra a mesma pessoa pelos mesmos factos²⁰. Por sua vez, outros Autores²¹ evidenciam a complexidade e amplitude do *ne bis in idem* autonomizando-o do caso julgado, mas defendendo, para tanto, que o direito a não ser julgado duas vezes contende com o direito a um processo equitativo, na medida em que um segundo julgamento contra a mesma pessoa com o mesmo objeto configuraria sempre um processo *injusto*.

Concluimos preliminarmente que a função desempenhada pelo instituto do caso julgado é substancialmente distinta daquela que o *ne bis in idem* visa prosseguir. Vânia Costa Ramos concretiza: “a regra *ne bis in idem* prossegue a segurança jurídica individual e coletiva, a autoridade do caso julgado protege a força e a credibilidade das decisões judiciais e das autoridades que a proferem”²². Destarte, enquanto no epicentro do princípio radica a proteção do indivíduo, lapidando, em razão desse seu âmago, um verdadeiro direito fundamental, a figura do caso julgado desconhece esta dimensão individual²³, estando apta apenas a proteger o sistema judicial e os seus respetivos operadores, resultando do somatório “do valor da certeza e segurança jurídicas, enquanto dimensão do princípio do Estado de Direito, do princípio da separação de poderes e da própria natureza da função jurisdicional”²⁴.

Acrescente-se ainda que da consagração constitucional dos dois institutos resulta patente a autonomização um do outro. Enquanto o princípio *ne bis in idem* vê a sua

a apresentação de uma outra proposta de fundamentação jurídica do princípio em causa. Disponível em: http://dres.misha.cnrs.fr/IMG/pdf/these_juliette_lelieur.pdf

¹⁷ Cf. V. COSTA RAMOS, cit. n.º [5], pp. 34 a 36.

¹⁸ Cf. H. SALINAS, cit. n.º [10], p. 143.

¹⁹ O Autor autonomiza os efeitos do *ne bis in idem*, afirmando a sua independência face à intervenção do tribunal de julgamento, bem como à forma como o ordenamento jurídico, no seu todo, “integra” a decisão, J. DAMIÃO DA CUNHA, “*Ne bis in idem* e exercício da acção penal”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? - Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, p. 557.

²⁰ Assim, J. LELIEUR-FISCHER, cit. n.º [16], p. 335, “o fundamento da regra *ne bis in idem* encontra-se na simples ideia que a cada ato delituoso apenas pode ser dada uma resposta” (tradução livre).

²¹ Cf. M. PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 71 e ss.

²² Cf. V. COSTA RAMOS, cit. n.º [5], p. 35.

²³ Cf. J. LELIEUR-FISCHER, cit. n.º [16], p. 335.

²⁴ Cf. H. SALINAS, cit. n.º [10], p. 145.

formulação vertida expressamente no artigo 29.º, n.º 5 da CRP, o caso julgado penal constata a sua relevância constitucional implícita²⁵ a partir dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, corporizada no artigo 282.º, n.º 3, do qual se retira a força da decisão transitada em julgado.

A partir da norma superior, vemos evidenciado o movimento doutrinário de relativização do instituto, bem patente nas palavras de Nelson Húngria, para quem “no altar do direito penal, a coisa julgada é santa de prestígio muito relativo”²⁶, através da consagração, no artigo 29.º, n.º 6 da CRP, do direito do injustamente condenado à revisão da sentença. Se, por um lado, este princípio de revisão das sentenças relativiza o valor da *res judicata*, por outro lado sublinha a autonomização do seu aspeto negativo em que se consubstancia o *ne bis in idem*, uma vez que estando este intrinsecamente ligado às garantias de segurança e paz jurídicas individuais, aquele direito só o reforça na medida em que também ele prossegue as mesmas finalidades²⁷.

Chegados ao fim deste pequeno excuro sobre a relação entre o caso julgado e o *ne bis in idem*, entendemos que um não é função do outro, antes se autonomizando através das diferentes funções que desempenham, das dimensões que abarcam, bem como da tutela jurídico-constitucional conferida. Esta orientação surge reforçada se nos detivermos no contexto transnacional que aqui tratamos, porquanto a sujeição do *ne bis in idem* aos pressupostos do caso julgado, configuraria uma limitação de aplicação do princípio²⁸ entre os Estados-membros, restringindo a proteção conferida pelo princípio às decisões nacionais que constituíssem *res judicata*, solução que, como teremos oportunidade de explicitar, não se afigura a mais apta a prosseguir os objetivos do espaço penal europeu contemporâneo. Contudo, não podemos deixar de referir que neste mesmo contexto transnacional, o *ne bis in idem* irá desempenhar uma função objetiva de limitação do *ius puniendi* estadual quando haja uma decisão final proferida por outra instância nacional.

²⁵ Também no CPP, o instituto do caso julgado não tem consagração explícita, podendo encontrar-se apenas em dois artigos: no art.º 84.º, ao estatuir que a decisão penal, ainda que absolutória, que conhece do pedido cível constitui caso julgado nos termos em que a lei atribui eficácia de caso julgado às sentenças cíveis, e no art.º 467.º, n.º 1, ao estabelecer que as decisões penais condenatórias, uma vez transitadas, têm força executiva.

²⁶ N. HÚNGRIA *apud* H. SALINAS, cit. n.º [10], p.147.

²⁷ H. SALINAS, cit. n.º [10], p. 147.

²⁸ Neste sentido, L. SILVA PEREIRA/T. ALVES MARTINS invocam as diferenças entre os sistemas jurídicos dos Estados-membros e o princípio da confiança mútua para afirmarem que “não deverá procurar-se uma definição rígida de caso julgado ao nível da UE”, pugnando mesmo que “o tipo de decisão geradora de um efeito de *ne bis in idem* deve ser definido em termos amplos, de modo a abranger as diferenças mencionadas”, *vide* “O princípio *ne bis in idem* e os conflitos internacionais de jurisdição”, *Revista do CEJ*, n.º 7, 2007, p. 323.

3. O *ne bis in idem* e a figura da litispendência

À semelhança do que sucede com o caso julgado, a nossa lei penal substantiva não contém qualquer referência à figura da litispendência, ao contrário do que postulava o Código Penal de 1929, onde o referido instituto jurídico tinha regulamentação expressa nos artigos 138.º, 141.º, 146.º e 147.º.

No âmbito do direito interno, a litispendência é um conceito do processo civil, onde constitui, a par com o caso julgado, uma exceção dilatória, uma vez que, verificados os seus pressupostos, conduz à absolvição da instância e impede o juiz de se pronunciar sobre o mérito da causa. A litispendência significa a pendência da causa perante um tribunal e enquanto exceção é a repetição de uma causa estando a anterior pendente²⁹, visando-se, assim, evitar um “duplo dispêndio (desnecessário) de tempo, de dinheiro e de esforços, tentando igualmente obviar ao risco de grave dano para o prestígio da justiça, derivado da eventual reprodução ou contradição de julgado”³⁰.

Para colmatar a lacuna que atualmente se verifica, e tendo em conta o disposto no artigo 4.º do CPP, dever-se-á recorrer às normas do CPC que contemplam o conceito e os requisitos da litispendência, designadamente presentes nos artigos 580.º e 581.º. Como distingue o artigo 580.º do CPC, “as exceções da litispendência e do caso julgado pressupõem a repetição de uma causa; se a causa se repete estando a anterior ainda em curso, há lugar à litispendência; se a repetição se verifica depois de a primeira causa ter sido decidida por sentença que já não admite recurso ordinário, há lugar à exceção do caso julgado”.

Feita a necessária destrição entre a exceção de litispendência do caso julgado, partimos agora para a distinção entre aquela e o princípio *ne bis in idem*. Enquanto a litispendência opera numa fase anterior à decisão final, obstando à existência de uma ação idêntica a outra quanto aos sujeitos, ao pedido e à causa de pedir, o *ne bis in idem* proíbe a existência de mais do que uma ação contra a mesma pessoa, após uma primeira decisão final sobre os mesmos factos.

²⁹ Assim nos ensina G. MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. III, 3.ª edição, Verbo 2009.

³⁰ Vide Acórdão do TRC de 28/05/2008, processo n.º 14/03.9IDAVR.C1.

No âmbito da União Europeia³¹, reconhecer o instituto da litispendência supõe que “iniciado um processo penal num dos Estados-membros e constatada a identidade subjetiva e fáctica com um procedimento posteriormente iniciado noutra EM, deverá terminar-se ou suspender-se o procedimento anterior”³².

Apesar de a litispendência perseguir a mesma função nevrálgica do *ne bis in idem* (a de impedir que uma pessoa seja duplamente julgada pelos mesmos factos) e de poder legitimamente defender-se que a mera verificação daquela é fator potenciador da violação do princípio³³, no contexto transnacional esta figura não é amplamente reconhecida³⁴, pelo que a simples existência de mais do que uma ação penal com aquela identidade de elementos em mais do que uma jurisdição, pode não ser valorada e, por isso, poderá não obstar ao prosseguimento da instância.

Atestando o que acabámos de escrever, encontramos, por um lado, o Acórdão do TR do Porto, de 21/09/2005³⁵, que afirma expressamente que a exceção de litispendência decorre do artigo 29.º, n.º 5 da CRP e, por outro lado, o artigo 580.º, n.º 3 do CPC dispõe que “é irrelevante a pendência da causa perante *jurisdição estrangeira*, salvo se outra for a solução estabelecida em convenções internacionais”.

De facto, no seio da União Europeia, este instituto jurídico encontra um nível tímido de proteção na Decisão-Quadro relativa ao Mandado de Detenção Europeu, nos termos da qual a verificação do *ne bis in idem* é causa de recusa *obrigatória* de execução do respetivo mandado na letra do artigo 3.º, n.º 2, enquanto a litispendência figura como causa de recusa *facultativa* no artigo 4.º, n.º 2, permitindo aos EMs recusar a execução de um MDE quando estejam pendentes procedimentos criminais pelos mesmos factos no EM de emissão e no EM de execução.

³¹ Definição idêntica àquela que avançámos a nível interno pode ser encontrada na iniciativa da República Helénica de adoção, por parte do Conselho, de uma Decisão-Quadro relativa à aplicação do princípio *ne bis in idem*. Vide art.º 1º, al.ª d) - “Litispendência: situação em que, relativamente a uma infração penal, é proposta uma ação penal contra uma pessoa, sem que tenha sido proferida uma sentença e estando o processo já pendente num outro tribunal”. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003IG0426\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003IG0426(01)&from=EN)

³² Cf. I. COLOMER HERNÁNDEZ, “Conflictos de jurisdicción, non bis in idem y litispendencia internacional en la union europea”, in: L. ARROYO ZAPATERO e A. NIETO MARTÍN (coord.), *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, p. 67.

³³ Neste sentido, Ac. do TRL de 25/02/2010, processo n.º 75/10.4 YRLSB.

³⁴ Já assim se afirmava no Ac. do TRL de 08/03/2006, processo n.º 96/2006-3, concluindo que “(...)a pendência do indicado processo no tribunal espanhol, mesmo que instaurado contra o mesmo arguido pelos mesmos factos, não tem a virtualidade de obstar ao normal curso dos presentes autos” (sublinhado nosso).

³⁵ Processo n.º 0446143.

E é precisamente na aplicação do regime do MDE na ordem jurídica portuguesa que podemos atestar a dificuldade de autonomizar totalmente estas duas figuras. Como teremos oportunidade de desenvolver em capítulo posterior, a Lei 65/2003, de 23 de Agosto transpôs para o ordenamento jurídico português a DQ relativa ao Mandado de Detenção Europeu, designadamente, para o que agora aqui nos importa analisar, acolheu a recusa de execução facultativa do artigo 4.º, n.º 2 no artigo 12.º, n.º 1, al.ª b). Na sequência de recurso interposto no processo n.º 211/12.6YRCBR.S1 sobre a interpretação da referida disposição, o Supremo Tribunal de Justiça³⁶ pronunciou-se sobre a questão de saber se a causa de recusa depende da existência de um processo pendente à data da receção (ou emissão) do MDE ou se, por outro lado, pode o Estado Português, ao tomar conhecimento, através do mandado, da notícia do crime, iniciar procedimento criminal pelos mesmos factos contra a mesma pessoa e, em consequência, invocar esta causa de recusa. A apreciação do tribunal foi feita nos seguintes termos: “não constando a existência de processo crime no Estado de execução, sobre os mesmos factos, à data da emissão do MDE, não poderia agora instaurar-se procedimento criminal em território português, sobre os mesmos factos, sob pena de se violar a proibição *ne bis in idem*, que constitui causa de recusa obrigatória do MDE, nos termos do art.º 11.º n.º 1 al.ª b), e prevista no art.º 29.º n.º 5 da Constituição da República Portuguesa” (sublinhado nosso).

Desta interpretação resulta que o Estado português estaria a violar o princípio *ne bis in idem* se, ao receber um MDE e, a partir deste, tomasse conhecimento que os tribunais portugueses são competentes para conhecer os factos aí em apreço, instaurasse procedimento criminal contra a pessoa sobre a qual recai o MDE recebido.

Parece transparecer deste entendimento uma certa confusão entre o instituto da litispendência e o princípio *ne bis in idem*. Na verdade, não havendo uma decisão final, como era o caso dos autos em apreço, não entendemos que se possa colocar em causa a violação do *ne bis in idem*³⁷, porquanto este carece sempre da existência desse *ponto final* no processo para exercer a sua função de impedimento de instauração de novo procedimento criminal. Já a litispendência basta-se na própria existência de processos paralelos sobre os mesmos factos contra a mesma pessoa, não se confundindo com o *ne bis in idem* e podendo ser invocada de forma autónoma e facultativa pelo EM de execução.

³⁶ Acórdão do STJ de 09-01-2013.

³⁷ O presente Acórdão foi invocado e analisado criticamente em sentido idêntico ao exposto por P. CAEIRO/S. FIDALGO, “O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópicos da primeira década”, *Temas de extradição e entrega*, Almedina, 2015, pp. 182 e 183.

Do exposto, podemos desde já ressaltar que não entendemos que deva ser o instituto jurídico da litispendência penal a resolver os problemas de conflitos de jurisdição positivos no seio da União Europeia nem através dele conferir uma proteção mais ampla ao princípio *ne bis in idem*. De outro modo, estaríamos a admitir que bastaria a verificação da existência de um procedimento penal pelos mesmos factos contra os mesmos sujeitos para que outros processos penais com os mesmos elementos subjetivos e fácticos iniciados noutros Estados devessem ser arquivados, o que se traduziria num verdadeiro *sprint* das jurisdições com conexão ao caso para iniciar a ação penal, ficando a primeira detentora exclusiva do *ius puniendi*.

Como teremos oportunidade de verificar no capítulo seguinte, o problema da existência de processos paralelos e os consequentes conflitos positivos de jurisdição na União Europeia, é fator potenciador da violação do *ne bis in idem* ou, pelo menos, criador de situações incompatíveis com os princípios basilares do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, e não encontra, ainda hoje, solução satisfatória no seio da União.

CAPÍTULO II - Os conflitos positivos de jurisdição e o princípio *ne bis in idem*

1. O problema

Sem dúvida merecedor de uma observação mais longa e mais densa, o tema dos conflitos positivos de jurisdição não pode, no entanto, ser desconsiderado do presente estudo, não só porque se afigura necessário adensar o sentido do conceito de *lis pendens* transnacional tratado *supra*, mas para esclarecer o papel que ao *ne bis in idem* cabe desempenhar na ordem jurídica europeia.

De facto, grande parte da doutrina estuda a problemática subjacente à concorrência de jurisdições penais por relação ao princípio *ne bis in idem*. Facilmente se deduzem as razões que conduzem a esta ligação, no entanto, como bem se compreende, a regra *ne bis in idem* só opera numa fase posterior à verificação e *resolução* do conflito positivo de jurisdições. Importa, contudo, esclarecer este conceito. Existe um conflito positivo de jurisdições “quando uma pluralidade de jurisdições reclama para si a competência para apreciar um caso concreto”³⁸. Por outro lado, os conflitos negativos ocorrem quando nenhuma jurisdição entende ser competente para exercer a ação penal num determinado caso. Mas, afinal, quais são os fatores que potenciam estes conflitos na União Europeia?

Em primeiro lugar, o fenómeno da criminalidade tem vindo a adquirir uma dimensão internacional decorrente de diversos fatores, alguns deles intrínsecos, ligados à própria natureza das infrações, como é o caso dos crimes informáticos e económicos, desconhedores de fronteiras físicas, e outros extrínsecos, relacionados com a indelmentível globalização da sociedade moderna que, *per se*, alarga e intensifica o circuito criminoso. Percetivelmente, esta realidade é aguçada no seio da União Europeia cujo processo de construção, sobretudo após o estabelecimento das liberdades fundamentais, resultou na sementeação de um terreno fértil para a expansão e potenciação dos crimes transnacionais.

Em segundo lugar, os Estados-membros desenham, nas suas ordens jurídicas internas, diferentes regras de atribuição de competências para exercer a respetiva ação

³⁸ Assim, A. MIRANDA RODRIGUES, “Os conflitos de jurisdição no espaço comum europeu: o papel da Eurojust na construção de soluções”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n.º 1, 2013, p. 47.

penal³⁹, o que conduz a que num determinado ordenamento jurídico se dê relevância, v.g., ao *locus commissi delicti* e noutro Estado já seja considerada a nacionalidade da vítima ou do arguido, acabando por ambos se declararem competentes a exercer o *ius puniendi* naquele caso.

Em terceiro lugar, estes conflitos foram potenciados pela previsão, por parte de alguns instrumentos jurídicos da UE, de uma competência jurisdicional universal e da consequente criação de bases de jurisdição nacionais muito alargadas, visando evitar a ocorrência de conflitos negativos de jurisdição, sobretudo no caso de crimes mais graves, como o terrorismo e a criminalidade organizada. Isto significa que qualquer Estado tem jurisdição sobre um determinado tipo de ilícitos criminais⁴⁰, podendo reclamar o exercício de ação penal sobre eles independentemente da existência de um elemento de conexão com o caso concreto. Como conclui preliminarmente Pedro Caeiro, “algumas decisões-quadro multiplicaram, sem necessidade, bases de jurisdição facultativas, potenciando as dissemelhanças entre os esquemas de aplicabilidade das leis nacionais, induzindo a sobreposição dos vários ordenamentos e criando assim as condições para o surgimento de conflitos positivos, em vez de os prevenir”⁴¹.

A semântica da palavra “conflito” remete-nos para considerações sobre a indesejabilidade da existência destas situações no seio da União Europeia. Ora, a existência de múltiplas prossecuções penais dentro do espaço europeu é uma realidade que se revela prejudicial para os direitos e interesses das pessoas envolvidas, mormente dos arguidos, das vítimas e das testemunhas, no quadro da própria ideia de cidadania europeia, bem como para a saudável administração da justiça. A manter-se o conflito, com várias jurisdições concorrentes a pretenderem exercer o seu *ius puniendi* em relação ao mesmo

³⁹ Neste sentido, G. GIACOMELLI, “*Ne bis in idem* profiles in EU Criminal Law”, Tese de Mestrado apresentada à Università Degli Studi Firenze, 2014, p. 4.

⁴⁰ Destacamos alguns exemplos colhidos por P. CAEIRO, “A Jurisdição Penal da União Europeia como Meta-Jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, Coimbra Editora, 2012, p. 191: o art.º 7.º, n.º 2 da Decisão-Quadro do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o reforço da proteção contra a contrafação de moeda na perspetiva da introdução do euro, dispõe que: “Pelo menos os Estados-Membros em que o euro tenha sido adotado devem tomar as medidas necessárias para garantir que a contrafação de moeda, pelo menos a do euro, seja passível de procedimento criminal, independentemente da nacionalidade do autor e do local em que tenha sido cometida a infração.”; o art.º 9.º, n.º1, al.ª e) da Decisão-Quadro 2002/475/JAI relativa à luta contra o terrorismo, nos termos do qual: “Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para invocar a sua competência relativamente às infrações previstas nos artigos 1.º a 4.º, sempre que (...) As infrações tenham sido cometidas contra as suas instituições ou a sua população, ou contra uma Instituição da União Europeia ou de um organismo criado ao abrigo do Tratado que institui a Comunidade Europeia ou do Tratado da União Europeia e cuja sede se situe no Estado-Membro em causa.”.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 192.

caso, a intervenção da regra *ne bis in idem* é inevitável, esvaziando a pretensão punitiva dos demais Estados após a existência de uma decisão final na jurisdição mais expedita.

Estas são, de resto, preocupações plasmadas nas propostas legislativas analisadas *infra*, que abriram caminho a que fossem desbravadas soluções para os conflitos positivos de jurisdição, propondo modelos em que fosse encontrada a jurisdição mais adequada a resolver os litígios jurídico-penais, preterindo a lógica do “*first come, first served*”, ou, como melhor expõe Pedro Caeiro⁴², repudiando a *práxis* vigente em “*que o primeiro a chegar é o único servido*”. De facto, o *ne bis in idem* desligado de um mecanismo de resolução dos referidos conflitos positivos torna-se uma regra produtora de efeitos verdadeiramente *bizarros*, como afirma o Autor que temos vindo a acompanhar nesta sede, conduzindo a uma corrida entre as jurisdições conflituantes pela tomada da decisão final *mais rápida*.

Justifica-se, assim, que o caminho que o *ne bis in idem* transnacional terá de percorrer será o de estabelecer uma relação de complementaridade (ou antes, a de ser uma sua *consequência natural*⁴³) com um eventual futuro mecanismo da União que tenha por escopo resolver os conflitos positivos de jurisdição entre os Estados-membros através da escolha do melhor foro possível⁴⁴. Nas palavras de Anabela Rodrigues⁴⁵, “evitar o seu funcionamento [da regra *ne bis in idem*] pode constituir um incentivo para a criação de um mecanismo que previna e resolva os conflitos de jurisdição”, já que a existência do mesmo permite evitar o funcionamento daquele princípio no espaço europeu.

Na verdade, este caminho é uma exigência *constitucional* que tem vindo a ser reforçada desde o Tratado de Amsterdão. Se antes de 2009, a prevenção dos conflitos de jurisdição entre os Estados membros se encontrava no artigo 31.º, n.º 1, al.^a d) do Tratado da União Europeia, depois do Tratado de Lisboa a prevenção e resolução⁴⁶ dos referidos

⁴² *Idem, ibidem* p. 202.

⁴³ Assim o perspectiva P. CAEIRO, *ibidem*, p. 210.

⁴⁴ Esclareça-se que este conceito do *melhor foro possível* se encontra desligado de considerações de justiça material, sendo, antes, como ensina P. CAEIRO, “...aquele onde o alegado crime abalou de forma mais intensa a confiança pública na validade das normas violadas e, consequentemente, onde a necessidade de uma reação penal (aí se englobando todos os momentos relevantes: a investigação, a ritualização do julgamento e a execução da pena), se faz sentir com mais intensidade”. O Autor concretiza que, na maior parte dos casos, a definição dada corresponde à do Estado territorial, remetendo para a doutrina de LAGODNY, onde, a título de exemplo, a jurisdição competente seria aquela em “cujo território se verificaram os factos mais característicos de certo crime” - LAGODNY *apud* P. CAEIRO, *ibidem*, p. 203 e nota n.º 55.

⁴⁵ Cf. A. MIRANDA RODRIGUES, cit. n.º [38], nota n.º 5, p. 47.

⁴⁶ Traçando a distinção sublinhada por nós entre o pré e o pós Lisboa, bem como fazendo referência ao tipo de instrumentos legislativos a utilizar neste domínio, *idem, ibidem* p. 46.

conflitos teve acolhimento no artigo 82.º, n.º 1, al.ª b) do Tratado de Funcionamento da União Europeia, nos termos do qual “o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam medidas destinadas a prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros”.

E é perceptível que assim seja: uma União Europeia que se concebe a si mesma como um espaço comum de justiça, que traça um trilho de integração baseado na confiança mútua entre os Estados-membros, não pode continuar sem definir regras próprias num domínio tão sensível como o é o exercício do poder punitivo sob os *seus* cidadãos. O tratamento tão precoce quanto possível do problema dos conflitos positivos de jurisdição conduz a um reforço crucial do espaço penal europeu, na medida em que declara inequivocamente que a pretensão punitiva se basta com o exercício da ação penal por parte de uma única jurisdição e que tal é reconhecido pelas demais.

Neste sentido, impõe-se um olhar crítico sobre a criação de mecanismos de prevenção e resolução de conflitos positivos de jurisdição, que tem vindo a ser amplamente discutida na União Europeia, designadamente em quatro diplomas a que faremos referência e culminando na adoção da Decisão-Quadro 2009/948/JAI do Conselho, de 30 de Novembro de 2009, relativa à prevenção e resolução de conflitos de exercício de competência em processo penal.

2. Medidas de prevenção e resolução dos conflitos positivos de jurisdição

O primeiro documento onde encontramos plasmada a preocupação da União Europeia com a prevenção dos conflitos positivos de jurisdição surge na sequência do Conselho Europeu de Tampere, de 1999, onde se declarou que "o reforço do reconhecimento mútuo das decisões e sentenças judiciais e a necessária aproximação da legislação facilitariam a cooperação entre as autoridades e a proteção judicial dos direitos individuais". É ele a Comunicação da Comissão, no ano 2000, ao PE e ao Conselho, sobre o reconhecimento mútuo de decisões finais em matéria penal⁴⁷.

⁴⁷ Disponível em:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0495&from=PT>

O reforço do princípio do reconhecimento mútuo, desde Tampere proclamado “pedra angular” da cooperação judiciária (conclusão n.º 33)⁴⁸, não poderia deixar de parte os conflitos de jurisdição, pelo que a proposta da Comissão sobre a matéria que aqui tratamos vem referida no ponto 13 da Comunicação, onde se começa por colocar a tónica na inexistência de qualquer regra de litispendência nem qualquer hierarquia entre níveis de jurisdição, existindo apenas “por vezes um incentivo à coordenação e, na medida do possível, à centralização das acusações”⁴⁹. A criação de um sistema de reconhecimento mútuo associado a disposições em matéria de competência jurisdicional, conduziram a Comissão a fazer duas propostas, mas não sem antes ponderar os prós e contras da hierarquização de regras de competência. Uma primeira medida recaía na criação de um sistema de informação para os Estados-membros, designadamente um registo de casos pendentes⁵⁰. A segunda medida seria baseada em mecanismos de cooperação e coordenação entre os Estados, aliadas a um reforço do papel da Eurojust, como mediador na resolução dos conflitos que emergissem.

Em 2003, dois dias após a jurisprudência pioneira do TJCE no caso *Gözütok/Brügge*, a República Helénica⁵¹ apresentou uma proposta de decisão-quadro relativa à aplicação do *ne bis in idem*. O escopo principal seria o de substituir a regulamentação do princípio que, como teremos oportunidade de analisar, se encontra ainda hoje numa *convenção extra-comunitária*, por uma nova⁵².

Para além disso, a proposta avançou com uma ideia de criação de um sistema no qual seria atribuída à jurisdição *mais competente* o *ius puniendi* sobre um determinado caso com conexão com várias jurisdições. Este sistema basear-se-ia numa consulta alargada entre os Estados-membros competentes para exercer ação penal sobre o caso, a fim de escolherem qual dos Estados constituiria o foro onde fosse atingida a adequada administração da justiça. Na escolha do *melhor* foro, os Estados-membros deveriam

⁴⁸ Cf. A. MIRANDA RODRIGUES, *Tratado de Lisboa: comentado e anotado*, (coord.: M. LOPES PORTO/G. ANASTÁCIO), Almedina, 2012, p. 428.

⁴⁹ Ponto 13 da Comunicação da Comissão.

⁵⁰ Possibilidade que já tinha sido referida no Plano de Ação, adotado pelo Conselho e pela Comissão, apresentado no Conselho Europeu de Viena de 3 de dezembro de 1998, na sequência do Conselho Europeu de Cardiff, de junho de 1998. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:133080&from=PT>

⁵¹ Iniciativa da República Helénica tendo em vista a adoção de uma decisão-quadro do Conselho relativa à aplicação do princípio *ne bis in idem*, já citada na nota n.º 31.

⁵² Esta revisão dos artigos 54.º a 57.º da CAAS foi, aliás, a primeira medida plasmada no programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais, cit. n.º [47].

atender aos critérios enunciados no artigo 3.º, n.º 1, al.ª a)⁵³. Uma vez dada preferência ao foro de um Estado-membro, dever-se-ia sustar a instância nos processos pendentes em outros Estados-membros até que a questão fosse definitivamente julgada no Estado-membro cujo foro foi preferido (art.º 3.º, n.º 1, al.ª c)). Sustada a instância num Estado-membro, o Estado cujo foro foi preferido deveria ser imediatamente informado, bem como, caso não proferisse uma decisão que julgasse definitivamente o caso, teria o ónus de informar as autoridades competentes do Estado que primeiro tivesse interrompido a instância no processo (art.º 3.º, n.º 2, al.ª c), última parte). Ademais, a proposta de decisão-quadro da Presidência Grega previa, nos artigos 5.º e 6.º, respetivamente, o princípio do desconto⁵⁴ e um sistema de intercâmbio de informações entre as autoridades competentes de um Estado-Membro, caso existissem razões para crer que a acusação tivesse por objeto os mesmos factos pelos quais a pessoa fora condenada definitivamente num outro Estado.

Apesar da pertinência das ponderações que estiveram na base do impulso *legislativo* da Presidência Grega, a proposta de decisão-quadro não foi acolhida. Mesmo não contendo regras rígidas quanto à atribuição de jurisdição, a relutância dos Estados em aceitar regras vinculativas de atribuição de jurisdição exclusiva ditaram o destino da proposta, mas não impediram que outras surgissem e que, inclusive, a Comissão começasse a preparar um Livro Verde sobre a questão.

No mesmo ano, surgiu uma nova iniciativa de um grupo de investigadores do Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law sobre a temática em questão, que tomou a designação de Proposta de Freiburg⁵⁵.

Os investigadores começaram por sublinhar que o princípio *ne bis in idem* deve ser considerado como uma solução de *extrema ratio* a operar no quadro de um sistema de atribuição de jurisdição competente e – apenas – quando este falha. Apesar de mais completa, a solução encontrada não foi, contudo, substancialmente distinta das conclusões alcançadas pela proposta antecessora.

⁵³ Foram quatro os critérios propostos: o do *locus commissi delicti*, o da nacionalidade ou residência do autor da infração, o de origem das vítimas e o do local onde tivesse sido encontrado o autor da infração. De referir que a proposta não esclarece se os referidos critérios estão dispostos de forma hierárquica.

⁵⁴ Artigo 5.º da Proposta de DQ: “Se uma nova ação penal for proposta num Estado-Membro contra uma pessoa que tenha sido condenada definitivamente pelas mesmas infrações num outro Estado-Membro, deve ser descontado na sanção que venha a ser eventualmente aplicada qualquer período de privação de liberdade ou multa aplicados por este último Estado por aquelas infrações. Devem ser igualmente tomadas em consideração, na medida em que o direito nacional o permita, quaisquer sanções que não a privação de liberdade que tenham sido impostas ou sanções impostas no âmbito de processos administrativos.”

⁵⁵ A Proposta de Freiburg sobre jurisdições concorrentes e a proibição de múltiplas prossecuções penais na União Europeia pode ser consultada em: <https://www.mpicc.de/files/pdf2/fa-ne-bis-in-idem.pdf>

Desenvolvendo-se a partir de uma solução tripartida, a Proposta de Freiburg começa, no primeiro estágio, por propor que o problema das múltiplas prossecuções penais deve ser resolvido numa fase pré-contenciosa, através da coordenação das jurisdições concorrentes, que se desenvolveria do seguinte modo: um Estado-membro que decidisse exercer ação penal num determinado caso, deveria notificar os EMs que pudessem ter conexão com o mesmo; os Estados notificados pronunciar-se-iam sobre a intenção de fazer uso do poder punitivo no prazo de três meses; posteriormente, correria um novo prazo de três meses findo o qual os Estados interessados deveriam chegar a um consenso quanto à jurisdição mais apta a garantir a adequada administração da justiça. Numa segunda fase, caso não se lograsse atingir uma solução para o conflito, operaria a regra *ne bis in idem*. Em terceiro lugar, no pressuposto da falha dos dois estádios anteriores, previa-se o princípio do desconto na segunda sanção aplicada para mitigar as consequências negativas da existência de um segundo julgamento. Até aqui, nada de substancialmente novo relativamente à proposta grega.

As diferenças residem no carácter detalhado desta proposta, propondo, para além das *deadlines* referidas, por exemplo, outros critérios para a determinação do *forum* competente⁵⁶ (para além daqueles já referidos na Proposta da Presidência Grega), entre eles, um critério relativo ao local onde foi recolhida a prova e outro que atende ao sítio onde foi detido o suspeito (art.º 1.º, n.º 3, alíneas d) e f)) e dois outros critérios de carácter indeterminado que se prendem com o local mais apropriado para a execução da sanção e um segundo a ser definido por “*outros interesses fundamentais* dos Estados-Membros” (art.º 1.º, n.º 3, alíneas e) e g)).

Todavia, onde entendemos residir o carácter verdadeiramente inovador desta proposta é nos artigos 2.º e 3.º, nos termos dos quais é prevista a competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias quer para acolher o recurso que o suspeito poderia interpor quanto à decisão de adjudicação da jurisdição a um determinado Estado-membro (por entender que tal escolha prejudicaria os seus interesses), quer para decidir qual a jurisdição competente caso os Estados não lograssem alcançar um consenso em prazo razoável.

Ainda no rescaldo daquela primeira decisão do TJCE quanto à interpretação da regra *ne bis in idem*, os investigadores do Max Planck Institute propuseram ainda seis

definições para orientar a aplicação do princípio, definindo-o da seguinte forma: “ninguém pode ser processado na União Europeia por um ato pelo qual já tenha sido definitivamente julgado num Estado-membro ou pelo um órgão europeu” (art.º 6.º, n.º1), esclarecendo, designadamente, o conceito de “pessoa”; de “prosecução criminal”; de “ato”; de “decisão final”; de “órgão europeu”.

O louvável esforço integrador da proposta de Freiburg não foi, contudo, suficiente para se proceder à sua adoção entre os Estados-membros e os órgãos da União Europeia.

A discussão sobre o tema viria a ser retomada em 2005, com o Livro Verde sobre os conflitos de competência e o princípio *ne bis in idem* no âmbito dos processos penais⁵⁷. O Livro Verde difere das propostas apresentadas na medida em que, como elucida o Glossário da União Europeia⁵⁸, trata-se de “documentos publicados pela Comissão Europeia destinados a promover uma reflexão a nível europeu sobre um assunto específico. Convidam, assim, as partes interessadas (organismos e particulares) a participar num processo de consulta e debate, com base nas propostas que apresentam”.

Dividido em quatro partes e culminando com a formulação de 24 questões, o Livro Verde começa por explicitar o específico contexto em que foi elaborado, partindo para a segunda parte em que é trazido à discussão a criação de um mecanismo relativo à escolha da jurisdição. A terceira e quarta partes são dedicadas, respetivamente, ao princípio *ne bis in idem* e ao reforço do princípio do reconhecimento mútuo. Sem prejuízo desta divisão de trabalhos, a Comissão dá maior relevância à criação do mecanismo de escolha de jurisdição, justificando que “se os procedimentos forem concentrados numa única jurisdição, a questão sobre o princípio *ne bis in idem* deixará de colocar-se” e “além disso, esse mecanismo seria complementar do princípio do reconhecimento mútuo, nos termos do qual uma decisão judicial proferida num Estado-membro é reconhecida e – se necessário – executada por outros Estados-membros”⁵⁹.

O procedimento proposto dependeria de duas condições prévias. Uma primeira exigindo o intercâmbio de informações entre as jurisdições dos EMs, tal como avançado nas três propostas anteriores, e uma segunda condição permitindo que as autoridades competentes dos Estados, uma vez na posse das informações referidas, pudessem abster-se de iniciar a ação penal ou pôr fim a um processo já iniciado pelo facto de o mesmo já estar

⁵⁷ Vide Livro Verde (...), cit. n.º [57].

⁵⁸ Consultado em: http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html?locale=pt

⁵⁹ Cf. Livro Verde (...), cit. n.º [57], p. 3.

a ser desenvolvido noutra EM. Demonstrando uma atitude verdadeiramente integradora, a Comissão relembrou as dificuldades adjacentes a esta segunda condição, frisando a existência do princípio da legalidade, adotado em vários textos constitucionais dos EMs, nos termos do qual “as autoridades competentes têm a obrigação de desencadear a ação penal em relação a todas as infrações que sejam da sua competência”⁶⁰. Assim, propôs-se que o futuro mecanismo de prevenção dos conflitos positivos contivesse uma exceção à aplicação deste princípio, passando a considerar-se respeitado o princípio pela apreciação do processo noutra jurisdição.

Nas páginas seguintes é feita a proposta para um mecanismo de escolha da jurisdição competente com base em três fases, prevendo-se a existência de uma fase complementar.

A primeira fase seria a de identificação e informação das jurisdições interessadas em prosseguir com a ação penal num caso específico, na qual o designado “Estado iniciador”, num procedimento criminal com vínculos significativos com outros Estados, deveria informar as autoridades competentes dos outros Estados, apurando se estão interessados em exercer o *ius puniendi* naquele caso específico.

Numa segunda fase, operar-se-ia um processo de consulta e debate direto entre as jurisdições interessadas, com o eventual apoio mediador da Eurojust ou outro organismo da UE, com vista a alcançar consenso sobre qual deveria julgar a causa.

A terceira fase ocorreria no pressuposto de a concorrência de competências penais dos vários Estados se traduzir num verdadeiro conflito, isto é, não sendo alcançado um consenso entre eles. Nesta fase, estabelecer-se-ia “um diálogo estruturado entre as partes interessadas, no âmbito do qual os interesses em causa seriam objetivamente examinados”⁶¹, gozando do apoio mediador da Eurojust. A Comissão avança, inclusive, com critérios de escolha de jurisdição, designadamente *a territorialidade, os critérios relativos ao suspeito ou ao arguido, os interesses das vítimas, os critérios relativos aos interesses do Estado e outros critérios atinentes à eficácia e celeridade dos procedimentos*⁶², não colocando de parte a hipótese de os Estados definirem entre eles um

⁶⁰ *Idem*, p. 4.

⁶¹ *Idem*, p. 5

⁶² *Idem*, p. 8

princípio geral de orientação para a atribuição de jurisdição que poderia “fazer referência à razoabilidade e/ou à equidade do processo”⁶³.

Pode dar-se o caso de, surgindo vários conflitos sem resolução, conceber-se uma quarta fase, ou *fase suplementar*, na qual seria atribuído a um organismo da União poderes de decisão vinculativos na resolução dos conflitos de jurisdição, definindo, à luz dos critérios objetivados, o Estado ao qual deve ser atribuído o *ius puniendi*. Contudo, a Comissão reconhece as dificuldades desta proposta, constatando a inexistência de um órgão com este tipo de competência atribuída pelos Tratados.

Apesar do Livro Verde da Comissão dar grande margem de atuação aos Estados, estes não expressaram a sua vontade em seguir as propostas avançadas. Sem a concordância dos Estados, não houve lugar à elaboração de um Livro Branco, pelo que o problema dos conflitos positivos de jurisdição e, complementarmente, o do *ne bis in idem* não viram ainda aqui uma solução definida.

3. A Decisão-Quadro relativa à prevenção e resolução de conflitos de exercício de competência em processo penal

No ano 2009, um dia antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa⁶⁴, por iniciativa da República Checa, da República da Polónia, da República da Eslovénia, da República Eslovaca e do Reino da Suécia surgiu a primeira Decisão-Quadro da União Europeia relativa à prevenção e resolução dos conflitos de competência em processo penal⁶⁵.

Com o propósito de evitar possíveis violações da regra *ne bis in idem*⁶⁶ e invocando os objetivos traçados no Programa de Haia sobre o reforço da liberdade, da segurança e da justiça na União Europeia⁶⁷, a presente DQ descreve um sistema de troca de informações e

⁶³ *Idem*, p. 8

⁶⁴ A 1 de Dezembro. Se a referida proposta tivesse sido adotada depois desta data, teria de assumir a forma de Diretiva.

⁶⁵ Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009F0948&from=PT>

⁶⁶ Nota n.º 3 que introduz a DQ: “As medidas previstas na presente decisão-quadro destinam-se a prevenir situações em que a mesma pessoa seja objeto em diferentes Estados-Membros de processos penais paralelos relativos aos mesmos factos, podendo daí resultar o trânsito em julgado das decisões desses processos em dois ou mais Estados-Membros.”

⁶⁷ Aprovado pelo Conselho Europeu na sua reunião de 4 e 5 Novembro de 2004.

de debate direto entre as jurisdições que conduzem processos penais paralelos, colhendo os frutos dos contributos a que fizemos referência e perspetivando o aumento da eficiência da ação penal, visando garantir a correta administração da justiça⁶⁸.

Contudo, este instrumento jurídico basta-se na fase de conciliação, não concebendo qualquer mecanismo, assente em critérios objetivos, para a determinação da jurisdição competente e, conseqüentemente, para a resolução dos conflitos positivos. Esta constatação pode ter como justificação o facto de a vontade estatal em preservar a medula de soberania que se traduz no exercício do *ius puniendi* persistir no panorama europeu, sem prejuízo de “os Estados darem com uma mão e tirarem com a outra”⁶⁹.

Apesar de estar prevista a obrigação de estabelecimento de contacto “caso hajam razões fundadas para crer que corre um processo paralelo noutro Estado-membro” (art.º 5.º, n.º 1), bem como uma obrigação de resposta (art.º 6.º) em que constem informações mínimas referentes ao pedido (art.º 9.º) e, posteriormente, a obrigação de efetuar consultas diretas (art.º 10.º), os Estados não são obrigados a chegar a um consenso que conduza, por exemplo, à concentração dos processos penais num deles. Se tal não suceder, o artigo 12.º, n.º 2 prevê que “o caso seja submetido, *se necessário*, à Eurojust por qualquer das autoridades competentes dos Estados-membros em causa, *desde que* a Eurojust tenha competência para o efeito nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da Decisão Eurojust”⁷⁰.

Por outro lado, a DQ fica aquém das expectativas criadas pelos diplomas anteriores em relação aos Estados em cujos ordenamentos jurídicos se encontra consagrado o princípio da legalidade. Se no considerando n.º 12 é afirmado que deve ser considerado plenamente observado o princípio sempre que qualquer Estado-membro garanta a instauração de um processo relativamente a uma infração penal concreta, o considerando anterior reforça que “nenhum Estado-membro deverá ser obrigado a renunciar à competência (...) a menos que deseje fazê-lo”. Perante esta bifurcação legal, poderá legitimamente questionar-se a decisão do Estado, constitucionalmente obrigado pelo princípio da legalidade, de não exercer o seu *ius puniendi* num determinado caso em que é competente. Na verdade, a DQ não dá uma resposta adequada a este problema, deixando enevoada uma matéria que carece de clareza legislativa.

⁶⁸ Nota n.º 2 da DQ.

⁶⁹ A expressão é de M. FERREIRA MONTE, *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – subsídios para a sua legitimação*, Almedina, 2009, p. 255.

⁷⁰ Itálicos nossos.

Por último, como refere Anabela Rodrigues, a solução encontrada na Decisão-Quadro de 2009 é uma solução “não inteiramente europeia”⁷¹, na medida em que a resolução dos conflitos continua totalmente dependente da vontade dos Estados-membros. O papel desempenhado pela Eurojust é de mera mediadora *eventual* entre as autoridades nacionais competentes, como prescreve o artigo 12.º da DQ, atendendo a que os Estados não têm a obrigação de submeter a questão à Eurojust nem de seguir os pareceres emitidos por esta entidade. Nesta medida, a DQ encontra-se incompleta, omitindo o que sucede caso os Estados não alcancem um consenso nem submetam o caso à apreciação da Eurojust. É claro que aqui regressamos ao ponto de partida, isto é, à regra da chegada e à consequente proteção conferida pelo *ne bis in idem*.

Como sublinha John Varvele⁷², continua sem serem dadas garantias de que a primeira jurisdição a julgar o caso seja a jurisdição mais bem colocada para o fazer, quer do ponto de vista da justiça efetiva, quer da proteção da vítima e do arguido. Neste sentido, o problema dos conflitos de jurisdição continua a ser uma das maiores lacunas no âmbito penal europeu, afetando em conjunto a confiança mútua, o princípio do reconhecimento mútuo e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos⁷³, exigindo-se, inquestionavelmente, o reforço da presente DQ.

⁷¹ Cf. A. MIRANDA RODRIGUES, cit. n.º [38], p. 48.

⁷² Cf. J. VERVAELE, “*Ne bis in idem*: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?”, *Utrecht Law Review*, vol. 9, setembro de 2013, p. 222.

⁷³ Assim, A. WEYEMBERGH/I. ARMADA/C. BRIÈRE, *European Added Value Assessment: The EU Arrest Warrant. Critical assessment of the existing European arrest warrant framework decision*, European Parliament, 2014, p. 27. As Autoras repetem ao longo do *paper* a necessidade de colmatar as insuficiências tanto da resolução dos conflitos de jurisdição, como do *ne bis in idem* e do problema da transferência de processos penais.

4. *Ne bis in idem* processual ou material?

A partir dos diferentes conteúdos que o princípio *ne bis in idem* assumiu ao longo dos tempos, é possível distinguir, na esteira de Lelieur-Fischer⁷⁴, três significados distintos na proibição secular: o cúmulo de ações penais contra a mesma pessoa; o cúmulo de sanções penais contra a mesma pessoa; o cúmulo de qualificações numa única ação.

Desenvolvendo-se o presente estudo no pressuposto da existência de mais do que uma ação penal, a proibição do cúmulo de qualificações jurídicas não cabe dentro do objeto deste trabalho, porquanto se refere à cumulação dentro de uma única ação. Por outro lado, este significado do princípio parece não ter uma função definida, encontrando-se muitas das vezes excluído pelas próprias regras de interpretação jurídica, *v.g.* o concurso de normas, ou servindo propósitos de evitar a desproporcionalidade das sanções aplicadas.

Sem pretendermos prestar-nos a grandes delongas sobre as diferentes preocupações que cada uma daquelas realidades dicotómicas expressa⁷⁵, não podemos deixar de optar por um desses significados, visto essa opção se afigurar indispensável na resposta a problemas conexos que, embora não entrando no âmbito do objeto desta dissertação, permitem uma visão abrangente sobre o tema que aqui tratamos.

Pugnaremos pela interpretação do princípio *ne bis in idem* de uma perspetiva processual, em contraposição com o *ne bis in idem* material ou substantivo. Enquanto o *ne bis in idem* processual corresponde à primeira fórmula enunciada - proibição da duplicidade de julgamentos penais contra a mesma pessoa – o *ne bis in idem* material pode recair tanto na proibição de cúmulo de sanções penais como na proibição de cumulação de qualificações jurídicas na mesma ação.

Sabemos que o *ne bis in idem* só opera numa fase posterior ao conflito positivo de jurisdições, após a “escolha” do *forum* e o conseqüente julgamento definitivo de uma pessoa. Entendendo o princípio na sua vertente processual, reportando-se o *bis* ao duplo julgamento e não à dupla punição, sustenta-se, *a priori*, a escolha da jurisdição com uma maior conexão ao caso. Isto porque a proibição de dupla valoração de uma mesma realidade obriga efetivamente à escolha da reação punitiva em primeira instância e, ao

⁷⁴ Cf. J. LELIEUR-FISCHER, cit. n.º [17], p. 21.

⁷⁵ Remetemos a análise cuidada e aprofundada dos três significados da expressão para a Tese de Doutoramento de J. LELIEUR-FISCHER, cit. anterior.

fazê-lo, além de evitar o cúmulo de sanções, permite que “o princípio se torne num fator condicionante e orientador da ação pública”⁷⁶.

De um outro prisma, a opção pelo *ne bis in idem* na sua vertente processual permite o reforço de um outro princípio no qual recai, como veremos, grande parte da jurisprudência do TJUE, e que esteve na base do próprio regime do Mandado de Detenção Europeu. Falamos do princípio do reconhecimento mútuo que, ancorado na escolha do melhor foro possível, permite que a resposta ao *quid iuris* dos casos concretos, ganhe maior vinculatividade, decorrente da força que adquire uma decisão tomada na jurisdição *formalmente certa*, encarada pelos restantes Estados-membros, necessariamente, como a solução *melhor*. Já o referido princípio parece restar enfraquecido se não entendermos a proibição contida no princípio *ne bis in idem* enquanto proibição de um outro Estado poder encetar uma nova *persecutio* contra o mesmo indivíduo, vedando-se apenas a cumulação de sanções.

Basta convocar o exemplo clássico em que um indivíduo é absolvido no Estado A e posteriormente é sujeito a nova ação penal pelos mesmos factos no Estado B. A decisão judicial proferida pelo Estado A não é *reconhecida* pelo Estado B, de outrossim não existiria razão suficiente para a existência de um novo julgamento. Por outro lado, tendo havido condenação no Estado A, bastaria ao Estado B tomar em consideração a sanção aí aplicada e descontá-la no segundo processo, solução que, de todo o modo, continua a derogar *o elevado nível de confiança* que é exigido no plano transnacional entre os Estados-membros⁷⁷. Porém, é justamente esta regra do desconto que define a vigência do *ne bis in idem*, na sua vertente material, como princípio geral do direito internacional⁷⁸. Para além da contemplação nas ordens jurídicas internas dos Estados, a possibilidade do tribunal nacional descontar a pena aplicada pelo tribunal estrangeiro encontra-se prevista em várias convenções internacionais, como a Convenção Europeia sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais (art.º 54.º) ou a Convenção Europeia sobre a Transmissão de Processos Penais (art.º 36.º).

⁷⁶ Assim, V. COSTA RAMOS, cit. n.º [5], p. 29.

⁷⁷ Neste sentido, BARJA DE QUIROGA *apud* A. SOARES TORRES, “a opção no plano transnacional pela prevalência de um ou outro dos aludidos fundamentos girará essencialmente em torno do tipo e do grau de confiança que cada Estado tenha nos tribunais dos restantes Estados”, “O Princípio «ne bis in idem»”, revista *Julgar*, n.º 14, maio-agosto de 2011, p. 90, consultado em: <http://julgar.pt/o-principio-ne-bis-in-idem/>.

⁷⁸ Neste sentido, A. MEDINA DE SEIÇA, cit. n.º [6], p. 940.

No entanto, no nosso entendimento, esta restrição ao *ius puniendi* dos Estados, oferecida pelo *ne bis in idem*, ficaria aquém das potencialidades do princípio e dos próprios fundamentos em que o mesmo reside se lográssemos entendê-la apenas do ponto de vista da proibição de um outro Estado renovar a aplicação de sanções penais contra a mesma pessoa pelos mesmos factos. Isto porque, deste modo, se sentencia os sujeitos processuais a viver perpetuamente prostrados à porta da justiça⁷⁹, na incerteza de uma nova ação penal no espaço europeu.

Ora, o *ne bis in idem*, enquanto proibição do cúmulo de julgamentos, tem como fundamento a proteção do indivíduo contra a máquina do poder punitivo⁸⁰, permitindo proteger a sua dignidade enquanto pessoa humana⁸¹ ao evitar que seja submetido, mais do que uma vez, à qualidade de arguido pelas mesmas razões, conduzindo, *máxime*, à estabilidade das relações jurídicas.

Escopo distinto tem a proibição de cúmulo de sanções, residindo antes na ideia de proporcionalidade da punição ou de proibição do excesso, assente na salvaguarda do princípio da culpa⁸² e do princípio da legalidade. De facto, a culpa, como ensina Figueiredo Dias⁸³, atua simultaneamente como pressuposto da pena (*nulla poena sine culpa*) e como seu limite inultrapassável (a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa). Por sua vez, o princípio da legalidade reconduz-se à fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Da conjugação dos dois axiomas precedentes resulta, numa

⁷⁹ Fazemos aqui alusão à parábola da obra Kafkiana, *O Processo*, em que a personagem principal se encontra à porta da lei sem, contudo, poder entrar, sendo sucessivamente informada pelo guarda de que “ainda não é a hora”.

⁸⁰ De facto, a primeira consagração constitucional do princípio traduzia precisamente esta ideia de garantia do cidadão face ao poder punitivo do Estado, afirmando como nunca até à data, o valor da dignidade humana. Assim, A. SOARES TORRES, cit. n.º [77], p. 13.

⁸¹ Seguimos de perto as considerações tecidas por V. COSTA RAMOS e J. LELIEUR-FISCHER na descrição e distinção das funções a que se prestam cada uma das vertentes do princípio. Cf., respetivamente, cit. n.º [5], p. 27 e LELIEUR-FISCHER, cit. n.º [17], p. 41.

⁸² Há Autores que vêm nas primeiras demonstrações implícitas do princípio esta dimensão substantiva, reportando-o à Lei de Talião, constante do Código de Hammurabi do séc. XVIII a.C., que vertia a ideia de a sanção não poder exceder a gravidade da ofensa (*“fracturam pró fractura, oculum pró óculo, dentem pró dentem restituet”*) e, posteriormente, à justiça hebraica do séc. VII, a.C. em que o profeta Nahum afirma que “o sofrimento não se erguerá pela segunda vez”. Referências que se encontram no capítulo dedicado ao excursus histórico do princípio na tese de Mestrado de L. MOTA CARMO, “O *ne bis in idem* como fundamento de recusa do cumprimento do Mandado de Detenção Europeu”, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009, p. 9.

⁸³ Cf. J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011, p. 84

interpretação extensiva⁸⁴, que, para cada ilícito criminal é prescrita uma única sanção penal, apadrinhando-se, desta forma, a face substantiva do princípio *ne bis in idem*.

No entanto, esta vertente do princípio não permite alcançar a paz e segurança jurídicas, podendo até, no limite, prejudicar o núcleo essencial da cidadania europeia que se consubstancia na liberdade de circulação de pessoas. É de resto esta argumentação que encontramos na jurisprudência pioneira do TJCE (que teremos oportunidade de analisar no capítulo a ela dedicado), no caso *Gözütok/ Brügger* e adensada em *Miraglia*, acerca da aplicação do *ne bis in idem* no plano transnacional, afirmando-se que uma das funções do princípio é precisamente a de conferir um elemento *garantístico* às liberdades fundamentais no espaço europeu⁸⁵. Não é pelo facto de se impedir que um indivíduo seja alvo de diversas sanções penais que são salvaguardados os direitos e interesses legítimos da pessoa-cidadão da União Europeia, já que, ao fazer uso daquela liberdade, estará sempre sujeito a múltiplas prossecuções penais.

Por conseguinte, é a definição processual do princípio *ne bis in idem*, na sua vertente mais ampla, aquela que adotaremos no presente estudo, encarando o *bis* como proibição do cúmulo de julgamentos definitivos. Tal opção não proporciona, por si só, a proteção mais elevada que o princípio pode almejar, o que só se alcançará no futuro com a adoção por parte da União de mecanismos verdadeiramente vinculativos que regulem a distribuição de jurisdição⁸⁶. No entanto, como vimos, só este entendimento do princípio pode estabelecer uma relação de complementaridade com aquela resolução, podendo mesmo vir a aproximar-se da noção tradicional do princípio em que o *bis* recaía na proibição de cumulação de *ações penais*, transformando-se no direito a uma só acusação⁸⁷ e conduzindo à proibição da dupla constituição como arguido⁸⁸.

⁸⁴ Vide a este propósito I. BELE/V. JAKULIN, “Slovenia *ne bis in idem*”, *Révue Internationale de Droit Penal*, nouvelle série, ano 73, 3.º e 4.º trimestres, 2002. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-3-page-1071.htm#re6no5>

⁸⁵ Fazendo referência a estes dois casos e concluindo no mesmo sentido, A. SOARES TORRES, cit. n.º [77], p. 91.

⁸⁶ Neste sentido, P. CAEIRO começa por reafirmar a inexistência de mecanismos vinculativos de resolução dos conflitos positivos de jurisdição ao mesmo tempo que tece uma crítica à abordagem feita na DQ-CJur, na medida em que entende que “o respeito pelo *ne bis in idem* é um dever autónomo e independente dos Estados-membros”, não sendo premissa para o seu efetivo cumprimento a resolução dos conflitos de jurisdição, concretizando que “os conflitos devem ser resolvidos ou prevenidos, não para assegurar o respeito pelo *ne bis in idem*, mas sim para alinhar a regra *ne bis in idem* vigente com uma noção de justiça comum”, cit. n.º [39], p. 201.

⁸⁷ Assim, L. SILVA PEREIRA/T. ALVES MARTINS, cit. n.º [28], p. 317.

⁸⁸ Assim, J. DAMIÃO DA CUNHA, cit. n.º [19], p. 572.

Entre nós, a Constituição da República Portuguesa consagra, no artigo 29.º, n.º 5, o princípio *ne bis in idem*, afirmando que: “ninguém pode ser julgado mais que uma vez pela prática do mesmo crime” (sublinhado nosso).

Nas Anotações à CRP, Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸⁹ afirmam, a propósito da problemática do *bis*, que o artigo “proíbe rigorosamente o duplo julgamento e não a dupla penalização, mas é óbvio que a proibição do duplo julgamento pretende evitar tanto a condenação de alguém que já tenha sido definitivamente absolvido pela prática da infração, como a aplicação renovada de sanções jurídico-penais pela prática do «mesmo crime»”. Neste sentido, os Autores parecem entender que a proibição do *bis* recai na cumulação de julgamentos, mas que, necessariamente, esta vertente processual do princípio atenua (se não faz mesmo perecer) o problema do cúmulo de sanções, por ser condição bastante para evitá-la⁹⁰.

Por sua vez, Taipa de Carvalho oferece-nos uma interpretação que parece abarcar ambas as vertentes do princípio ao afirmar que “a *ratio* e o alcance deste princípio é o da proibição de um novo julgamento de alguém que já tenha sido definitivamente absolvido e o da proibição de dupla punição pela prática do mesmo crime”⁹¹.

⁸⁹ Cf. J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 497.

⁹⁰ O mesmo entendimento do preceito constitucional é encontrado em T. PIZARRO BELEZA e F. DA COSTA PINTO, *Objecto do processo, liberdade de qualificação jurídica e caso julgado*, Lisboa, 2001, p. 22, consultado no arquivo online da Universidade Nova de Lisboa em: https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/fcp_MA_17200.pdf

⁹¹ Cf. A. TAIPA DE CARVALHO, *Constituição Portuguesa Anotada* (coord.: J. MIRANDA e R. MEDEIROS), Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra editora, 2010, p. 676.

CAPÍTULO III – Da pluralidade legislativa

1. Ne bis in idem interno

O *ne bis in idem* constitui um princípio comum às ordens jurídicas internas dos Estados-membros da União, tendo, inclusivamente, nalguns destes, dignidade constitucional como acontece em Portugal (artigo 29.º, n.º 5), na Alemanha (artigo 103.º, § 3), na Estónia (§ 23), na Lituânia (artigo 31.º), em Malta (artigo 39.º, § 9), na Eslováquia (artigo 50.º, § 5), na Eslovénia (artigo 31.º), em Espanha (artigo 25.º, n.º1), na República Checa (artigo 40.º, § 5, da Declaração-GR) e no Chipre (artigo 12.º, § 2).

Outros ordenamentos jurídicos acolhem o princípio na respetiva legislação penal. *De lege lata*, o *ne bis in idem* figura, entre outros, nos Códigos Processuais Penais belga, francês, grego, italiano e polaco, respetivamente nos artigos 360.º, 368.º, 57.º, 649.º, 17.º § 1, ponto 7 e no artigo 68.º do Código Penal holandês.

Apesar da ausência de positivação expressa noutros Estados, como no caso da Finlândia⁹², a relevância do princípio afere-se a partir do direito consuetudinário e das disposições que expressam as consequências legais do caso julgado.

A partir deste quadro normativo, não restam dúvidas sobre a suma relevância que o adágio latino desempenha na legislação e prática penais dos Estados da UE, pelo que nos importa agora conferir a positivação do princípio no plano transnacional, na relação que entre os Estados se estabelece na proteção individual e coletiva dos cidadãos face a um *ius puniendi* que, algumas vezes, reclama a repetição do julgado.

⁹² Sobre o princípio no direito finlandês e a sua transnacionalização: R. LAHTI, “Finland, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle of *ne bis in idem*”, *Révue Internationale de Droit Penal*, nouvelle série, ano 73, 3.º e 4.º trimestres, 2002, pp. 901 a 911. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-3-page-901.htm>

2. *Ne bis in idem* transnacional

Na União Europeia, o princípio *ne bis in idem* teve o seu primeiro reconhecimento transnacional em 1987, na Convenção entre os Estados-membros das Comunidades Europeias relativa à aplicação do princípio *ne bis in idem*. Aqui invocou-se a confiança existente entre os Estados-membros nos respetivos sistemas judiciais no sentido de reconhecer o efeito *ne bis in idem* às sentenças provenientes desses Estados. Começava a construir-se o entendimento em torno da ideia de que a integração europeia carecia, senão de uma harmonização das legislações penais e processuais penais, pelo menos de uma aproximação dos efeitos das garantias processuais dos cidadãos dos Estados-membros. No entanto, esta Convenção viria a ser assinada apenas por quatro países: Portugal, Itália, França e os Países Baixos.

Aquele que viria a constituir o primeiro *ne bis in idem* transnacional da União Europeia e sobre o qual tem sido produzido considerável volume de jurisprudência versando na sua interpretação, surgiu na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, nomeadamente nos artigos 54.º a 58.º. Dispõe o artigo 54º da CAAS:

“Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma ação judicial intentada por uma outra Parte Contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão de condenação foi proferida”.

A CAAS, baseando-se no Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1981, relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, foi firmada em 14 de Junho de 1985 pelos Governos dos Estados do Benelux, pela República Federal da Alemanha e pela República Francesa e conta hoje com a assinatura de 30 Estados. A transnacionalização do princípio, tal como plasmado na CAAS, veio servir de base à sua contemplação noutros diplomas, tais como a Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias (artigo 7.º) e a Convenção relativa à luta contra a corrupção em

que estejam implicados funcionários das comunidades europeias ou dos Estados-membros da União Europeia (artigo 10.º).

O princípio encontra-se também previsto nos dois catálogos de direitos fundamentais da União Europeia, designadamente no artigo 4.º, n.º 1, do Protocolo n.º 7 anexo à Convenção Europeia dos Direitos do Homem^{93 94} e no artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁹⁵, de 2000, respetivamente sob as epígrafes: “direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito” e “direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez”. A principal distinção entre estas duas disposições recai no âmbito de aplicação geográfica. Enquanto a proibição *bis in idem* da Carta⁹⁶, como a da CAAS, se aplica às decisões proferidas por outros Estados, impedindo a renovação do julgamento contra a mesma pessoa quando haja uma decisão definitiva sobre os mesmos factos fora do território nacional, o princípio plasmado na Convenção tem um efeito primordialmente doméstico, cingindo a sua proteção às decisões proferidas pelas instâncias nacionais⁹⁷. Esta circunscrição ao plano interno foi confirmada pelo TEDH no caso *Göktan c. França*⁹⁸.

Em sentido idêntico ao plasmado na CEDH, encontramos o artigo 14.º, n.º 7 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos. No entanto, não se afigura tão evidente, como afirma Medina de Seíça⁹⁹, que esta disposição não revista um carácter transnacional, apesar de o mesmo ser afastado pela doutrina e pelo Comité dos Direitos do Homem no caso *A. P. vs. Itália*.

⁹³ Redação do art.º 4.º, n.º 1, do Protocolo n.º 7 Anexo à CEDH: “Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.”

⁹⁴ O texto originário da CEDH de 1950 não continha qualquer referência ao princípio *ne bis in idem*, havendo quem retirasse esta garantia do artigo 6.º, n.º 1, que estabelece o direito a um processo equitativo. No entanto, o princípio viria a ser explicitamente consagrado no Protocolo adicional n.º 7, assinado em 22 de Novembro de 1984.

⁹⁵ Redação do art.º 50º CDFUE: “Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei.”

⁹⁶ No entanto, atente-se na observação de A. WEYEMBERGH/I. ARMADA: a carta limita a sua aplicação aos Estados-membros da UE, ao contrário de algumas decisões-quadro que expandem a proteção do princípio a Estados terceiros. “The principle of the *ne bis in idem* in Europe’s area of freedom, security and justice”, *Reserch handbook on EU criminal law*, coord: V. MITSILEGAS/M. BERGSTROM/T. KONSTANDINIDES, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 192.

⁹⁷ Como bem nota A. MEDINA DE SEIÇA, cit. n.º [6] p. 940 e I. CABRAL BARRETO, *A convenção europeia dos direitos do homem*, 5ª edição revista e atualizada, Almedina, 2016, p. 554.

⁹⁸ Processo n.º 33402/96, de 2 de Julho de 2002 (ponto n.º 47).

⁹⁹ Cf. MEDINA DE SEIÇA, cit. n.º [6], p. 970.

Importa referir que todos os Estados-membros da UE aderiram à CEDH, conferindo aos seus nacionais o direito de queixa junto do TEDH, quer por atos ou omissões dos Estados que, no âmbito do direito interno, violem as disposições da Convenção, quer quando os Estados implementem uma norma da UE eventualmente potenciadora de violar os direitos previstos no diploma protegido pelo Tribunal de Estrasburgo. Vital Moreira fala, a este propósito, de uma evidente *assimetria*, tendo em consideração que a UE, por seu turno, não é parte da Convenção, excluindo-se a atividade dos órgãos que a constituem da jurisdição do TEDH¹⁰⁰. Apesar de se erigirem vozes contra¹⁰¹ a adesão da UE à Convenção e ao escrutínio do TEDH, o Tratado de Lisboa previu explicitamente, no artigo 6.º, n.º 2 do TUE, que essa vinculatividade ocorresse. As implicações são evidentes: a Convenção, ao erigir-se a direito primário da UE, sobrepor-se-á às Constituições nacionais, impedindo os Estados de invocar a sua lei interna em violação daquelas disposições.

Contudo, o princípio *ne bis in idem* não encontra, como referido, regulamentação expressa no corpo original do diploma, colocando-se a pertinente questão sobre a eventual obrigatoriedade de adesão da UE aos protocolos anexos à CEDH, a que acresce a dificultosa constatação de que nem todos os EMs aderiram às referidas disposições adicionais. Colhendo os ensinamentos da doutrina a este respeito, distinguem-se dois *genus* de protocolos: os de carácter institucional ou processual¹⁰² e os de índole substantiva, que acrescentam direitos fundamentais ao catálogo da Convenção. De entre estes últimos, apenas os protocolos n.ºs 1 e 6 foram referidos no projeto de acordo de adesão da UE à Convenção, deixando de fora os diplomas que não tinham sido ratificados por todos os Estados-membros, como é o caso do protocolo n.º 7 onde figura o *ne bis in idem*. Assim, independentemente da adesão da UE à CEDH, quanto ao direito que aqui concretamente adensamos, parece ficar comprometido o alcance de um nível de proteção idêntico, a nível interno, nos EMs da UE, o que poderá traduzir-se em acrescidas dificuldades no plano da transnacionalização do princípio. No entanto, como ressalva Paul Gragl¹⁰³, o artigo 52.º, n.º 3 da CDFUE refere expressamente que “na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção

¹⁰⁰ Cf., a propósito da adesão da UE à CEDH, V. MOREIRA, cit. n.º [7], pp. 196 e ss.

¹⁰¹ Designadamente o célebre Parecer n.º 2/94 do TJCE que concluía que, sem uma autorização expressa dos Tratados nesse sentido (que naturalmente partiria da vontade dos Estados nesse sentido), não seria possível a adesão.

¹⁰² Caso dos protocolos n.ºs 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11 e 14.

¹⁰³ Cf. P. GRAGL *apud* G. GIACOMELLI, cit. n.º [39], p. 100.

dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção”, sendo esclarecido nas Anotações à Carta que “a referência à CEDH visa tanto a Convenção como os respetivos protocolos”.

Já no domínio da cooperação judiciária internacional em matéria penal, o *ne bis in idem* surge como um impedimento à cooperação, num primeiro momento, no artigo 9.º da Convenção Europeia de Extradução¹⁰⁴, de 1957, como causa de recusa de extradição. Posteriormente, é encontrado nos artigos 53.º a 57.º da Convenção sobre a Validade Internacional dos Julgamentos Penais, de 1970, e nos artigos 35.º a 37.º da Convenção Europeia sobre a Transmissão dos Processos Penais¹⁰⁵, de 1972.

Recentemente, com a adoção por parte da União Europeia do Mandado de Detenção Europeu, a partir da Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho, o *ne bis in idem* figura como causa de recusa obrigatória de execução do respetivo mandado (art.º 3.º, n.º 2 da respetiva DQ), prescrevendo-se, assim, a recusa de entrega da pessoa reclamada com base num julgamento definitivo pelos factos que fundamentam o pedido.

Importa-nos compreender, no seio deste quadro normativo, como é realizada a conjugação dos diferentes diplomas onde consta o princípio *ne bis in idem*, uma vez que a sua redação e escopo, apesar de efetivamente distintos, visam a salvaguarda da mesma garantia processual. Para tanto, focar-nos-emos nas decisões do TJCE, agora TJUE, nas decisões do TEDH e nas correspondentes questões prejudiciais suscitadas pelos tribunais nacionais aquando da interpretação do princípio contido na CAAS, na CDFUE, na CEDH e na DQ relativa ao Mandado de Detenção Europeu.

¹⁰⁴ Na redação original na língua francesa, o artigo 9.º estatua o seguinte: “*L’extradition ne sera pas accordée lorsque l’individu réclamé a été définitivement jugé par les autorités compétentes de la partie requise, pour le ou les faits à raison desquels l’extradition est demandée. L’extradition pourra être refusée si les autorités compétentes de la Partie requise ont décidé de ne pas engager de poursuites ou de mettre fin aux poursuites qu’elles ont exercées pour le ou les mêmes faits.*”

¹⁰⁵ De assinalar que Portugal não é parte destas duas Convenções.

3. O princípio no âmbito da cooperação judiciária internacional em matéria penal - o regime do Mandado de Detenção Europeu

3.1. Transposição do *ne bis in idem* da DQ do MDE para a Lei 65/2003, de 23 de Agosto

Cumpre apontar algumas notas sobre a consagração do princípio no regime do MDE, restringindo este breve comentário ao necessário para compreender a conjugação do regime instituído a partir da adoção deste mecanismo de cooperação na UE com o principal diploma até então vigente em matéria de *ne bis in idem*.

Na Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho de 13 de Junho, o *ne bis in idem* encontra expressão no artigo 3.º, n.º 2, como causa de recusa obrigatória de execução do MDE, e no artigo 4.º, n.ºs 3 e 5, como causas de recusa facultativa.

Já na Lei 65/2003, de 23 de Agosto, que transpôs a referida DQ para o ordenamento jurídico português, o princípio ganha corpo no artigo 11.º, alínea b), como causa de recusa obrigatória de execução do MDE, e no artigo 12.º, alíneas d) e f), como causas de recusa facultativas.

Quanto às causas de recusa facultativas de execução do MDE, o legislador português interpretou-as no sentido de que devia ser deixada à apreciação dos tribunais a sua aplicabilidade, ou não, aos casos concretos. Isto é, a expressão “facultativa”, segundo o entendimento do legislador, não se configura como verificação, ou não, dos pressupostos das alíneas, estes podem verificar-se, mas não ser aplicada a causa de recusa àquele caso concreto, se o tribunal optar por assim não o fazer. No caso da aplicação das causas de recusa facultativa derivadas da eventual violação do *ne bis in idem*, bem como da verificação do artigo 12.º, alínea b), que trata da litispendência¹⁰⁶, este entendimento parece-nos pertinente. De facto, não nos encontramos perante situações de *in claris non fit interpretatio*, ou seja, casos de aplicação automática da norma ao caso, havendo necessidade de deixar aos tribunais a decisão de atribuir um sentido mais amplo ao *ne bis in idem*, ponderando os interesses em confronto.

¹⁰⁶ Neste sentido vão os acórdãos do STJ de 27/04/2006, pontos XV a XIX, e de 22/06/2006, bem como A. PIRES DA GRAÇA in “A Jurisprudência do STJ na execução do regime relativo ao MDE”, p. 19, disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/piresdagraca-direitoeuropeu.pdf>

De facto, a alínea d) do artigo 12.º da lei portuguesa transpõe a 2.ª parte do artigo 4.º, n.º 3 da DQ permitindo estender o efeito preclusivo da ação penal a casos em que não se verifique a chamada condição de execução (“...*se, em caso de condenação, a pena tenha sido integralmente cumprida, esteja a ser executada, ou não possa já ser cumprida segundo a lei do Estado membro onde foi proferida a decisão*”) ¹⁰⁷. Tal opção parece-nos legítima quando tomada pelos tribunais perante o caso concreto.

Por outro lado, o artigo 12.º, alínea f) transpôs inicialmente para a lei portuguesa o conteúdo do artigo 4.º, n.º 5 da DQ do MDE, permitindo que os tribunais portugueses recusassem a execução do MDE perante uma decisão tomada em país terceiro à União, exigindo-se, para tanto, que “...*em caso de condenação, a pena tenha sido integralmente cumprida, esteja a ser executada, ou não possa já ser cumprida segundo a lei portuguesa*” ¹⁰⁸. A redação desta alínea divergia da letra do artigo da DQ, na medida em que neste se afirma “...*não possa já ser cumprida segundo as leis do país de condenação*” (parte final do art.º 4.º, n.º 5).

A partir da alteração à Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, introduzida pela Lei n.º 35/2015, de 4 de maio, em cumprimento da Decisão-Quadro 2009/299/JAI, do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, que reforça os direitos processuais das pessoas e promove a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo no que se refere às decisões proferidas na ausência do arguido, o artigo 12.º, n.º 1, alínea f) da lei portuguesa passou a ter redação idêntica ao da DQ relativa ao MDE. De facto, na redação da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto tinha ocorrido um erro de transposição que foi agora clarificado ¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Última parte do art. 11º, alínea b) em confronto com o artigo 12º, alínea d) – “*a pessoa procurada tiver sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado membro em condições que obstem ao ulterior exercício da ação penal, fora dos casos previstos na alínea b) do artigo 11.º*”.

¹⁰⁸ Apesar de o regime do MDE ter transposto a chamada “condição de execução” presente na parte final do art.º 54.º da CAAS, previu-se também a possibilidade de, entre Estados-membros, a partir do recurso às causas de recusa facultativa, ignorar-se este trecho da norma, evidenciando a sua parca relevância atual e sublinhando antes dois dos princípios que norteiam o regime do *ne bis in idem* transnacional: o princípio da confiança e do reconhecimento mútuos.

¹⁰⁹ Como foi recomendado pelo relatório do Conselho, de 27/04/2007, sobre a aplicação do MDE em Portugal, disponível em: https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN725.pdf

3.2. Conjugação do regime jurídico relativo ao *ne bis in idem* da CAAS com a DQ do MDE

O caso *Gaetano Mantello*¹¹⁰ foi o primeiro (e, até à data em que escrevemos esta dissertação, o único) em que o TJUE se pronunciou sobre a causa de recusa de execução do MDE baseada na violação do *ne bis in idem* transnacional, concretamente o artigo 3.º, n.º 2 da DQ sobre o MDE.

Até aqui, as decisões do Tribunal acerca da problemática em questão baseavam-se na interpretação dos artigos 54.º a 58.º da CAAS, cujo conteúdo suscitou diversos problemas de aplicação prática que serão escrutinados *infra*.

Neste ponto, cumpre-nos comparar estes dois concretos regimes da UE onde se encontra plasmado o *ne bis in idem*, com o intuito de averiguar se as soluções encontradas pelo Tribunal na aplicação do *ne bis in idem* transnacional da CAAS podem ser transpostas para a aplicação do regime do MDE, o que só poderá ser respondido depois de concluirmos se os conceitos de *ne bis in idem* constantes dos artigos 54.º a 58.º da CAAS são ou não coincidentes com as manifestações deste princípio na DQ sobre o MDE (artigos 3.º, n.º 2 e 4.º, n.ºs 2, 3, 5 e 7a)).

Optámos por enunciar quatro ordens de razões¹¹¹ a partir das quais iremos aferir a coincidência ou não dos dois regimes: a razão geográfica, a razão lógico-sistemática, a razão teleológica e a razão gramatical (ou a letra da lei).

Quanto à razão geográfica, tanto o regime da CAAS como o da DQ sobre o MDE se aplicam a todos os Estados-membros da União.

Esta primeira razão conduz-nos de imediato à segunda e à terceira, de cariz lógico-sistemático e teleológico. De facto, não seria coerente coexistirem, no mesmo espaço que é o da UE, uma regra como a do artigo 54.º da CAAS que proíbe as “partes contratantes” de exercerem dupla ação penal sobre um indivíduo que já foi julgado, pelos mesmos factos, por outra parte contratante e, ao mesmo tempo, admitir-se a entrega desse indivíduo, através do MDE, em violação daquele princípio, nos moldes em que está configurado. Do

¹¹⁰ Processo n.º C-261/09. Acórdão de 16 de Novembro de 2010.

¹¹¹ Ressalvamos a eventual falta de rigor semântico na atribuição destas designações às razões enunciadas. As designações cumprem propósitos de organização da exposição. O conteúdo de cada uma pode ser encontrado, de forma dispersa, ao longo dos textos de V. COSTA RAMOS, cit. n.º [5], pp. 244-256 e “*Ne bis in idem* e Mandado de Detenção Europeu (comentário ao caso *Gaetano Mantello*)”, in *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal* (coord.: M. F. PALMA, A. SILVA DIAS, P. SOUSA MENDES), Coimbra Editora, 2014, pp. 119-130.

ponto de vista sistemático, tomamos as palavras de Vânia Costa Ramos, afirmando assertivamente a Autora que “o corpo de normas da União deve ser interpretado harmoniosamente e de forma sistemática, em ordem à coerência e unidade que é característica de um sistema jurídico”¹¹². Já da perspectiva teleológica, os fins que presidem à enunciação daquela regra da CAAS são os mesmos que estão na base da causa de recusa de execução do MDE, ou seja, o objetivo de impedir que uma pessoa, pelo facto de fazer uso da liberdade de circulação no espaço da UE, possa vir a ser alvo de múltiplas prossecuções penais em vários Estados.

Aferidos os três critérios precedentes, partimos para a razão gramatical, que nos leva a comparar a letra da lei em ambos os regimes. Desde logo, o artigo 3.º, n.º 2 da DQ corporiza a regra do artigo 54.º da CAAS, exigindo os mesmos elementos para a aferição do *ne bis in idem* (que a pessoa tenha sido definitivamente julgada, pelos mesmos factos, noutro Estado, e, em caso de condenação, a pena tenha sido integralmente cumprida, esteja em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a lei do EM que proferiu a decisão de condenação). Inclusive, o TJ já recorreu à DQ sobre o MDE como auxiliar na interpretação da CAAS (acórdão *Gasparini*), bem como o contrário (no caso *Gaetano Mantello*, já enunciado).

Também as causas de recusa facultativa baseadas no princípio *ne bis in idem* são passíveis de serem relacionadas com o artigo 58.º da CAAS, na medida em que este permite aos Estados adotarem um entendimento mais lato do princípio em questão, nomeadamente estendendo-o a decisões proferidas em países terceiros à UE (artigo 58.º da CAAS e artigo 4.º, n.º 5 da DQ). E, se o permite em relação a decisões proferidas no estrangeiro, parece evidente que, em atenção à sua própria lei interna, os EMs possam também atribuir um carácter mais amplo ao *ne bis in idem*¹¹³ quando tenham de se pronunciar sobre a execução ou não de um MDE. Referimo-nos, quanto a este último ponto, às causas de recusa presentes no artigo 4.º, n.º 2 da DQ, que trata da litispendência transnacional (motivo que pode configurar, na lei de alguns dos EMs, causa impeditiva de nova ação penal), e no artigo 4.º, n.º 3, em que se permite atribuir o efeito do *ne bis in idem* a decisões que, internamente, constituam decisões de não instaurar procedimento criminal (1ª parte) e a situações em que não se verifique a chamada condição de execução (“...em

¹¹² Cf. V. COSTA RAMOS, cit. n.º [109], p. 121, nota n.º 24.

¹¹³ E, aqui, a Autora que acompanhamos (cit. anterior) utiliza a expressão de “reverso da medalha” face ao artigo 58.º da CAAS, p. 124.

caso de condenação, a pena tenha sido integralmente cumprida, esteja a em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a lei do EM que proferiu a decisão de condenação”), que corresponde à 2.^a parte da norma.

CAPÍTULO IV - A jurisprudência dos Tribunais da UE relativa à aplicação do *ne bis in idem*

1. O conceito de “*idem*”

O conceito “*idem*” está presente no artigo 54.º da CAAS e no artigo 3.º, n.º 2 da DQ relativa ao MDE, referidos *supra*, sob a designação de *mesmos factos*, configurando o primeiro elemento de interpretação do princípio *ne bis in idem*. Contrariamente, na CEDH e nalguns preceitos constitucionais dos Estados-membros surge a expressão *infração* ou, mesmo, *crime*, como acontece entre nós no artigo 29.º, n.º 5 da CRP. Por outro lado, a CDFUE corporiza o elemento do princípio sob o conceito de *delito*. Naturalmente, as diferentes redações da regra suscitam dúvidas interpretativas sobre o sentido a atribuir ao *idem*, quer no plano das jurisdições internas quer no contexto transnacional. Enquanto o conceito da CAAS aponta para uma interpretação naturalística da repetição em apreço, as expressões da CEDH e da Carta parecem sugerir a necessidade de atender a critérios jurídicos¹¹⁴ para a definição do *idem*. Com efeito, importa sublinhar que só podemos deter-nos nos restantes elementos justificando a aplicação da proibição *bis in idem* se estivermos perante a mesma realidade fáctica/jurídica, daí que se revista de nuclear importância começar por analisar a jurisprudência do TJUE e do TEDH neste domínio, que irá influenciar determinantemente as jurisdições nacionais.

1.1. O “*idem*” da CAAS

O TJCE, agora TJUE, pronunciou-se, em pelo menos quatro casos, a propósito do conceito de “mesmos factos” previsto no artigo 54.º da CAAS: no caso *Van Esbroeck*¹¹⁵, *Van Straaten*¹¹⁶, *Gasparini*¹¹⁷ e no caso *Kraaijenbrink*¹¹⁸. Quanto à aplicação do regime do

¹¹⁴ Cf. R. CANAS SILVA, “A europeização do Direito Constitucional Português: o *ne bis in idem* em matéria criminal”, *Revista de Direito Público*, n.º 5, janeiro-junho 2011, p. 218.

¹¹⁵ Processo n.º C-436/04. Acórdão de 9 de março de 2006.

¹¹⁶ Processo n.º C-150/05. Acórdão de 28 de setembro de 2006.

¹¹⁷ Processo n.º C-467/04. Acórdão de 28 de setembro de 2006.

¹¹⁸ Processo n.º C-367/05. Acórdão de 18 de julho de 2007.

MDE, o Tribunal também já esclareceu o alcance do conceito, pronunciando-se no mesmo sentido da jurisprudência anterior, designadamente no caso *Gaetano Mantello*.

A partir destes acórdãos, o Tribunal chegou a um conceito autónomo da União para a expressão “mesmos factos”, rejeitando que esta apreciação seja deixada às autoridades competentes de cada Estado-membro em função do seu direito nacional. Como é jurisprudência assente do TJUE, designadamente a partir do acórdão pioneiro *Ekro*¹¹⁹ e, mais recentemente, reiterada em *Österreichischer Rundfunk*¹²⁰ e *Kozłowski*¹²¹, das exigências de aplicação uniforme do direito da União decorre que uma disposição que não contenha uma remissão para o direito dos Estados-membros relativamente ao conceito que se visa interpretar, este último deve ter, em toda a União, uma interpretação autónoma e uniforme. Assim se passa com o conceito de *idem*, detetando-se já aqui a pertinência das palavras de Daniel Sarmiento¹²² para quem o artigo 54.º da CAAS tem permitido ao TJ construir um projeto de política criminal na União Europeia, aprofundando um setor em que domina a inércia intergovernamental.

No caso *Van Esbroeck*¹²³ colocava-se a seguinte questão ao TJCE: “deve o artigo 54.º da CAAS, em conjugação com o disposto no artigo 71.º desta mesma Convenção, ser interpretado no sentido de que as infrações de posse para efeitos de exportação e de posse para efeitos de importação, que dizem respeito aos mesmos estupefacientes e substâncias psicotrópicas de qualquer natureza, incluindo canábis, e que foram objeto de processos penais por importação e por exportação em diferentes países signatários da CAAS ou nos

¹¹⁹ Processo n.º 327/82. Acórdão de 18 de janeiro de 1984, v. ponto n.º 11.

¹²⁰ Processo n.º 125/06. Acórdão de 18 de outubro de 2007, v. ponto n.º 24.

¹²¹ Processo n.º C-66/08. Acórdão de 17 de julho de 2008, v. ponto n.º 42.

¹²² Cf. D. SARMIENTO, “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TJCE”, cit. n.º [22], p. 51.

¹²³ Como atenta A. MEDINA DE SEIÇA, cit. n.º [6], pp. 994-995, este caso suscitava outros problemas, nomeadamente o da aplicação *ratione temporis* da CAAS. Questionava-se o Tribunal quanto ao problema de saber se o facto de o arguido ter sido condenado na Noruega, em momento em que a CAAS ainda não era aplicável neste país, faria despoletar o efeito preclusivo do princípio *ne bis in idem*. A conclusão do Tribunal foi no sentido afirmativo, advogando-se que “o princípio *ne bis in idem*, consagrado pelo art.º 54º da CAAS, deve ser aplicado a um procedimento penal instaurado num Estado contratante por factos que já tenham dado origem à condenação do interessado noutro Estado, mesmo que a CAAS ainda não estivesse em vigor neste último Estado no momento em que a referida condenação foi proferida, desde que estivesse em vigor nos Estados contratantes em causa no momento da apreciação das condições de aplicação do princípio *ne bis in idem* pela instância chamada a pronunciar-se em segundo lugar” (ponto 24). Entendemos que o mesmo argumento se pode utilizar no caso de a questão temporal se colocar quanto à aplicação do mesmo princípio no Mandado de Detenção Europeu. Ressalvada a ausência de jurisprudência neste sentido, se a questão se levantar pugnamos pelo entendimento que esta é a solução coerente a apresentar pelo Tribunal, no caso de um EM que proferiu uma decisão, condenatória ou absolutória, antes de 2004 (veja-se os artigos 32.º e 34.º da DQ sobre o MDE quanto à data) e, posteriormente, o indivíduo for sujeito a um MDE noutro Estado-membro para vir a ser sujeito a nova ação penal pelos mesmos factos.

quais se executa e aplica o acervo de Schengen, devem ser consideradas relativas aos ‘mesmos factos’, na aceção do referido artigo 54.º?” (ponto n.º 17 do referido acórdão).

Quanto ao problema enunciado no caso *Van Straaten*, o ponto n.º 30 do acórdão em causa cita a questão colocada pelo *Rechtbank’s-Hertogenbosch* (tribunal holandês): “O que se deve entender por ‘mesmos factos’ na aceção do artigo 54.º da CAAS? (A posse de cerca de 1000 gramas de heroína nos Países Baixos, no período compreendido entre 27 e 30 de Março de 1983, é o mesmo facto que a posse de cerca de 5 quilogramas de heroína em Itália numa data próxima de 27 de Março de 1983, tendo em conta que o lote de heroína dos Países Baixos fazia parte do lote de heroína detido em Itália? (...) O conjunto de atos constituído por posse em Itália, exportação de Itália, importação nos Países Baixos e posse nos Países Baixos de heroína pode ser considerado os ‘mesmos factos’?)”.

Em *Gasparini*, a *Audiencia Provincial* de Málaga questionou o TJ se a exportação e comercialização de um produto em Espanha, posterior à importação do mesmo para o Estado que absolveu os arguidos, deverá ser entendida como uma conduta autónoma e, por isso, punível ou constitui uma conduta ligada consubstancialmente à importação e, portanto, a factos que já tinham sido apreciados?¹²⁴ (ponto n.º 20, parágrafo 4, al.^a a)).

No quarto caso que versa sobre esta problemática, questionava-se o Tribunal se para aferir a identidade dos factos bastava a unidade do dolo, ou seja, se o facto da intenção delituosa ser a mesma que esteve na base dos vários atos criminosos bastava para despoletar o efeito do *ne bis in idem*, concretamente “...os factos puníveis que consistem na obtenção, detenção ou transferência de somas de dinheiro em divisas estrangeiras, provenientes do tráfico de estupefacientes (...) são, ou não, distintos dos factos puníveis que consistem na conversão, em agências de câmbio na Bélgica, de capitais provenientes do tráfico de estupefacientes nos Países Baixos quando o juiz decide que estão ligados por uma unidade de intenção delituosa e, por isso, constituem um facto único do ponto de vista jurídico ” (ponto n.º 20 do acórdão *Kraaijenbrink*).

Por último, no caso *Gaetano Mantello*, questionava-se o TJ se o conceito de “mesmos factos” deveria ser interpretado tendo em conta a ordem jurídica do EM de emissão, do EM de execução ou deveria ser entendido mediante uma interpretação autónoma da União. Para além dessa questão, o tribunal de reenvio confrontava o TJ com o

¹²⁴ Este caso, ao contrário dos anteriores, tratava da introdução em Portugal de azeite refinado, com origem na Turquia e na Tunísia, que não foi declarado às autoridades aduaneiras, tendo, mais tarde, sido exportado e comercializado em Espanha sob um sistema de faturas falsas que simulavam a origem do produto como proveniente da Suíça.

problema de saber se a importação ilícita de estupefacientes constituía o ‘mesmo facto’, na aceção do artigo 3.º, n.º 2 da DQ sobre o MDE que a participação numa associação criminosa que tem por objetivo o tráfico de estupefacientes, atendendo à circunstância de que, no momento da sentença condenatória da referida importação ilícita, os serviços responsáveis pelo inquérito dispunham de informações e de provas que apoiavam a suspeita de participação numa associação, mas se abstiveram, no interesse do inquérito, de submeter essas informações e provas ao tribunal e de dar início a qualquer procedimento penal a esse respeito (ponto n.º 30)¹²⁵.

Em resposta à problemática suscitada quanto ao conceito em apreço, a jurisprudência do TJCE começou por afirmar que “o critério relevante para efeitos de aplicação do referido artigo da CAAS é o da identidade dos factos materiais (ponto n.º 36 do acórdão *Van Esbroeck*), entendido como a existência de “um conjunto de factos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses factos ou do bem jurídico protegido” (ponto n.º 42, 1º parágrafo do acórdão *Van Straaten*). E integrarão esta agregação de factos, o conjunto de circunstâncias concretas ligadas no tempo, no espaço e pelo seu objeto (ponto n.º 37 do mesmo acórdão). Defende-se, assim, a dimensão estritamente factual do conceito em apreço no contexto transnacional.

O Tribunal aponta algumas razões para afastar a qualificação jurídica dos factos e o bem jurídico protegido na criminalização da infração do horizonte dos critérios aferidores do conceito de “mesmos factos”, pugnando, assim, pela identidade do facto natural (*idem factum*) e não do facto típico (*idem crimen*).

Desde logo, alerta para a literalidade do conceito que não parece admitir dúvidas quanto à exclusão de considerações jurídicas. Neste aspecto, o AG Dámaso Colomer¹²⁶ chega a ir mais longe nas suas conclusões ao acórdão *Van Esbroeck*, invocando as versões linguísticas do princípio no direito espanhol, francês, inglês, italiano e neerlandês,

¹²⁵ No entanto, o TJ entendeu que aqui o que estava em causa não era apenas a interpretação do conceito de “mesmos factos”, mas também do conceito de “definitivamente julgado”. O Tribunal adiantou que neste caso não se aplicaria a causa de recusa obrigatória de execução do MDE, uma vez que a autoridade judiciária de execução tinha declarado expressamente que a sentença proferida na sua ordem jurídica não constituía uma sentença *definitiva* que abrangesse os factos pelos quais estava a ser emitido o MDE (*vide* ponto n.º 51 do acórdão *Mantello*). Esta interpretação socorreu-se da jurisprudência do acórdão *Turanský*, no qual o TJ afirmou que “...há que começar por verificar [...] se o direito nacional do Estado contratante cujas autoridades tomaram a decisão em causa a considera definitiva e vinculativa, e certificar-se de que essa decisão dá origem, nesse Estado, à proteção conferida pelo princípio *ne bis in idem*”.

¹²⁶ Cf. ponto n.º 44 das conclusões do AG no processo *Van Esbroeck*, apresentadas em 20 de outubro de 2005.

respetivamente, “por los mismos hechos”, “wegen derselben Tat”, “pour les mêmes faits”, “for the same acts”, “per i medesimi fatti” e “wegens dezelfde feiten”.

Em segundo lugar, o TJ relembra a circunstância de o artigo 54.º da CAAS não pressupor a harmonização ou a aproximação das legislações penais dos Estados-membros, invocando o princípio do reconhecimento mútuo para justificar que os Estados aceitam a aplicação do direito penal dos outros Estados contratantes, ainda que a aplicação do seu direito interno conduzisse a uma solução distinta (pontos n.ºs 29 e 30 do acórdão *Van Straaten*).

Em prejuízo destas considerações, destacamos na doutrina a tese de Anne Weyembergh¹²⁷ que rejeita que recaia na confiança mútua o fundamento do *ne bis in idem* transnacional. Ao invés, a Autora defende que sem a aproximação das legislações penais e processuais penais dos Estados é gerada desconfiança em relação às decisões alheias, tendo em consideração que os sistemas jurídico-penais não são igualmente eficazes no combate à criminalidade. Nesta perspetiva, o direito fundamental que resulta do princípio *ne bis in idem* só poderá encontrar o nível mais elevado de proteção quando existir vontade política para harmonizar as legislações dos Estados.

Em sentido distinto, veja-se a opinião do AG Dámaso Colomer que projecta o *ne bis in idem* como um corolário da confiança e do reconhecimento mútuos, porquanto “mesmo quando um Estado não trate uma matéria de maneira igual ou semelhante a outro, os resultados são equiparados porque refletem valores e princípios equivalentes”¹²⁸.

Certo é que o TJ escolheu interpretar o princípio como pressupondo um dever explícito para os Estados de confiança e reconhecimento mútuos o que, para Christine Janssens¹²⁹, influenciou determinadamente a interpretação dos elementos que constituem a regra *ne bis in idem* no plano transnacional.

Resulta, portanto, da linha argumentativa do Tribunal que, independentemente da qualificação jurídica dos factos e do bem jurídico protegido diferir de Estado para Estado, a aplicação do artigo 54.º da CAAS não é prejudicada. Se assim não fosse, os obstáculos que se erigiriam na aplicação do princípio *ne bis in idem* eram tantos que impossibilitariam que se cumprissem os desideratos da norma, nomeadamente a garantia dada ao indivíduo que circula livremente no espaço europeu de não vir a sofrer múltiplas prossecuções penais

¹²⁷ Cf. A. WEYEMBERGH, “Le principe *ne bis in idem*: Pierre d’achoppement de l’espace penal européen?”, *Cahiers de Droit Européen*, n.ºs 3 e 4, 2004, p. 362.

¹²⁸ Vide conclusões do AG, apresentadas em 8 de Junho de 2006 no acórdão *Van Straaten*, pontos n.º 61 e 62.

¹²⁹ Cf. C. JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, Oxford University Press, 2013, p. 134.

em vários Estados (objetivo este já reiterado pelo Tribunal em acórdãos anteriores, nomeadamente no acórdão *Gözütok/Brügge* e em *Miraglia*). Daqui se retira a justificação preliminar para a conclusão de Valsamis Mitsilegas¹³⁰ para quem a jurisprudência acerca da aplicação do *ne bis in idem* transnacional é mais um exemplo da subordinação do Direito Penal dos Estados ao Direito da União Europeia.

Contudo, o Tribunal ressaltou, ainda na jurisprudência inovadora do acórdão *Van Esbroeck*, que a apreciação empírica da indissociabilidade dos factos materiais, tendo em conta aquelas linhas orientadoras do tempo, lugar e objeto, deve ser aferida pelas instâncias nacionais competentes, isto é, cabe ao tribunal de reenvio interpretar o caso e decidir pela existência daquela concreta relação ontológica dos factos em apreço. Não obstante esta “atribuição” de competência aos juízes nacionais, o Tribunal avança, nos vários casos que lhe foram levados à apreciação, com uma interpretação própria sobre a aplicabilidade ou não do conceito.

No acórdão *Van Esbroeck*, o TJCE adiantou que “os factos puníveis que consistem na exportação e na importação dos mesmos estupefacientes e objeto de ações penais em diferentes Estados contratantes da CAAS, devem, em princípio, ser considerados «os mesmos factos»” (ponto n.º 42, 2º parágrafo).

No acórdão *Van Straaten*, o Tribunal concretizou que “no que respeita aos crimes relacionados com estupefacientes, não é necessário que as quantidades de droga em causa nos dois Estados contratantes ou as pessoas que alegadamente participaram nos factos nos dois Estados sejam idênticas” para integrarem o conceito de “mesmos factos” do art.º 54º da CAAS (ponto n.º 53, 2º parágrafo). Reiterando a jurisprudência anterior, o Tribunal pareceu querer ir mais longe¹³¹, aceitando que a condenação por posse e importação de heroína num primeiro Estado e a exportação e posse de uma quantidade substancialmente maior do produto a partir do mesmo Estado devem integrar o conceito de mesmos factos do artigo 54.º.

Destes dois primeiros acórdãos sobre a concretização do *idem*, o Tribunal firmou que não tem de ser idêntica a quantidade de produto estupefaciente em causa nem os co-arguidos¹³² têm de ser os mesmos para operar a proteção conferida pelo princípio *ne bis in*

¹³⁰ Cf. V. MITSILEGAS, *EU criminal law*, 2009, p. 147.

¹³¹ Neste sentido, C. JANSSENS, cit. n.º [129], p. 137.

¹³² Segundo o AG D. COLOMER o elemento subjetivo do *idem* só opera em relação ao arguido já definitivamente condenado, sendo os cúmplices, que podem ser outros na “segunda” conduta, um elemento acessório que não releva para a aferição do conceito (pontos n.ºs 83 a 85 das conclusões, cit. n.º [126]).

idem. De encontro a estas declarações, a AG Sharpston¹³³ aconselha a interpretar as conclusões do acórdão *Van Straaten* “como uma aplicação *ad hoc* da regra geral segundo a qual a completa identidade de factos materiais – neste caso, representada pela quantidade de droga e pela identidade dos cúmplices – não é um requisito de aplicação do artigo 54.º da CAAS”. A AG recomenda cautela, ou seja, a proteção conferida pelo *ne bis in idem* não impede automaticamente a continuação de um processo-crime por posse ou detenção de quantidades substancialmente maiores do mesmo estupefaciente noutra Estado quando já haja uma condenação por posse ou detenção de uma pequena quantidade de produto num Estado-Membro, “independentemente de fazer parte da mesma remessa”¹³⁴. Não obstante, deixa-se ao tribunal nacional o poder de interpretar o conceito de “mesmos factos” segundo aqueles critérios orientadores do espaço, tempo e objeto.

No caso *Gasparini*, o TJUE invocou a jurisprudência dos acórdãos *Van Esbroeck* e *Van Straaten* para concluir que “a colocação de uma mercadoria no mercado de outro Estado-membro, posterior à sua importação no Estado-membro que proferiu a absolvição, constitui um comportamento suscetível de fazer parte dos «mesmos factos»” (ponto n.º 57). Um entendimento mais comedido da noção de “mesmos factos” no caso em apreço foi sugerido novamente pela AG Sharpston¹³⁵ nas conclusões ao presente acórdão, afirmando que “o ato de importar mercadorias ilegalmente, entendido no sentido de trazer mercadorias para o território aduaneiro da UE sem pagar os direitos aduaneiros aplicáveis ou sem cumprir as formalidades de importação, *não compreende também necessária ou automaticamente* o ato de venda dessas mercadorias a terceiros, nesse território”.

Já no acórdão *Kraaijenbrink*, o Tribunal atribuiu irrelevância à identidade da intenção delituosa na aferição do conceito de “mesmos factos”, afirmando que “factos diferentes que consistem, nomeadamente, por um lado, em deter montantes de dinheiro provenientes do tráfico de estupefacientes num Estado contratante e, por outro, em converter montantes de dinheiro igualmente provenientes desse tráfico em agências de câmbio situadas noutra Estado contratante não devem ser considerados como os «mesmos factos» na acepção do artigo 54.º da CAAS pelo simples motivo de a instância nacional competente declarar que os referidos factos estão ligados pela mesma intenção delituosa” (ponto n.º 36, 2º parágrafo). Resulta deste acórdão que o Tribunal rejeita que o conceito em

¹³³ Neste sentido, veja-se as conclusões da AG E. SHARPSTON apresentadas em 5 de dezembro de 2006 no processo *Kraaijenbrink*, ponto n.º 36.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ Cf. ponto n.º 152 das conclusões da AG E. SHARPSTON apresentadas em 15 de junho de 2006.

apreço seja sujeito a considerações subjetivas como poderia acontecer na circunstância de se aceitar a aferição de uma unidade de intenção delituosa *per se*, isto porque se a conduta fosse apreciada apenas à luz do direito belga, seria caracterizada como facto único em virtude do dolo único que lhe está subjacente¹³⁶, mas a conclusão já poderia ser distinta de acordo com o direito dos Países Baixos ou de outro Estado envolvido. A AG Sharpston entende, contudo, que a existência de uma unidade de dolo pode ser relevante para aferir se os critérios enunciados pelo TJUE nos acórdãos antecessores estão reunidos, no entanto, ressalva que aquela não é, em si mesma, um critério¹³⁷ e, por isso, não pode ser considerada individualmente para a concretização do conceito de *idem* (ponto n.º 44 das conclusões).

1.2. O “*idem*” da CEDH

Por sua vez, o processo interpretativo do TEDH em relação ao conceito de “infração” do artigo 4.º, n.º 1 do Protocolo n.º 7 anexo à CEDH tem vindo a ser pautado por um elevado grau de contradição.

No acórdão *Gradinger c. Áustria*¹³⁸ o Tribunal de Estrasburgo entendeu que tinha ocorrido violação do princípio *ne bis in idem*, como consagrado na Convenção, por ter sido aplicada a uma pessoa que conduzia sob o efeito de álcool uma pena de multa por homicídio negligente pelo tribunal regional competente e, mais tarde, uma sanção pecuniária decorrente de infração ao Código da Estrada, pela autoridade administrativa regional. Neste caso, postulou-se que o que se proibia era o julgamento por duas vezes da mesma infração, entendida de acordo com uma identidade factual e não por referência à qualificação jurídica da conduta. Como precisa Rita Canas da Silva¹³⁹, o Tribunal reconheceu, contudo, estarem em causa autoridades distintas, com competências de natureza diversa, a aplicarem disposições diferentes e prosseguindo finalidades não coincidentes.

¹³⁶ *Idem*, ponto n.º 24.

¹³⁷ Até porque, como afirma o AG D. COLOMER, cit. n.º [126], “nada impede que, por vezes, a intenção do autor mude e, apesar dessa circunstância, o evento se mantenha inalterado” (ponto n.º 82).

¹³⁸ Pedido n.º 33/1994/480/562. Acórdão de 23 de outubro de 2005.

¹³⁹ Cf. RITA CANAS SILVA, cit. n.º [114], p. 196, nota n.º 42.

Anteriormente, contudo, no acórdão *Oliveira c. Suíça*¹⁴⁰, o TEDH tinha adotado uma posição contrária, isto apesar de a situação fática ser idêntica ao processo precedente: em 15/12/1990, Maria Oliveira conduzia em Zurique tendo perdido o controlo do veículo e vindo a embater em dois automóveis, sendo que do segundo acidente resultou um ferido grave. Em 13/08/1991, a autoridade policial competente aplicou à condutora uma sanção pecuniária decorrente da violação dos artigos 31.º e 32.º do Código da Estrada suíço, designadamente por perda de controlo do veículo. Em 25/01/1993, Oliveira viria a ser condenada ao pagamento de uma multa, nos termos do artigo 125.º do Código Penal suíço, por condução negligente de que resultaram ofensas à integridade física da vítima. Apesar de ter invocado a proibição contida no artigo 4.º do sétimo protocolo adicional à CEDH, o Tribunal acabou por não lhe dar razão, afirmando que da mesma conduta podem resultar ofensas independentes e que a decisão administrativa não preclude a posterior apreciação criminal. Aqui, ao contrário do sentenciado no acórdão anterior, o TEDH elegeu o *idem crimen* como critério aferidor do respeito pelo princípio *ne bis in idem*, afirmando ter ocorrido um concurso ideal de infrações.

Por sua vez, em *Franz Fischer c. Áustria*¹⁴¹, o Tribunal teve novamente oportunidade de adotar uma posição em relação a esta problemática, podendo conciliar as posições defendidas em acórdãos anteriores na aferição do conceito de “infração”. Aqui, a factualidade era idêntica ao caso *Gradinger c. Áustria*: o arguido, que conduzia sob efeito de álcool, causou a morte a um ciclista. Na sequência da infração cometida, a autoridade administrativa aplicou uma sanção pecuniária ao condutor, por violação das regras rodoviárias, concretamente por condução sob efeito de álcool. Mais tarde, em sede criminal, o tribunal competente condenou o arguido a uma pena de seis meses de prisão por homicídio negligente agravada pela condução sob efeito de álcool. O TEDH, na tentativa de assentar a jurisprudência sobre o conceito “*idem*”, começa por repetir, à luz das considerações tecidas em *Oliveira c. Suíça*, que o procedimento criminal, porque de maior amplitude, não pode ser rejeitado pelo facto de já existir uma decisão administrativa. O que importa para a aferição do *idem* é descortinar se as ofensas em causa partilham ou não dos mesmos elementos essenciais (ponto n.º 29 do acórdão *Franz Fischer c. Áustria*), havendo violação do princípio contido no artigo 4.º do protocolo adicional n.º 7 quando um indivíduo é punido ou julgado por factos que constituem infrações distintas (de natureza

¹⁴⁰ Pedido n.º 84/1997/868/1080. Acórdão de 30 de julho de 1998.

¹⁴¹ Pedido n.º 37950/97. Acórdão de 29 de maio de 2001.

administrativa e criminal), mas que são essencialmente idênticas quanto àquele conjunto de elementos que caracterizam a conduta ilícita. Em *Gradinger c. Áustria*, as duas sanções aplicadas basearam-se na mesma conduta - a condução sob o efeito de álcool -, enquanto em *Oliveira c. Suíça*, a primeira cominação tinha por base a perda de controlo do veículo, enquanto a segunda já recaía na verificação de ofensas à integridade física da vítima. Resultou deste excuro do TEDH que, no caso em apreço, por se referirem ambas as sanções ao mesmo elemento essencial da conduta do arguido (condução sob efeito do álcool), devia ser considerado violado o princípio *ne bis in idem* da CEDH.

Apesar de algo confuso e passível de críticas, parecia que o TEDH tinha chegado a um consenso quanto à questão do *idem*, fundamentando os acórdãos¹⁴² *W.F. c. Áustria*¹⁴³ e *Sailer c. Áustria*¹⁴⁴ invocando a jurisprudência uniformizadora vertida em *Franz Fischer c. Áustria* para declarar violado o artigo 4.º do 7º protocolo adicional ou, a *contrario*, pelo facto de as ofensas divergirem quanto aos seus “elementos essenciais”, entender-se respeitado o princípio nos acórdãos *Stempfer c. Áustria*¹⁴⁵ e *Schutte c. Áustria*¹⁴⁶. No entanto, em *Göktan c. França*¹⁴⁷, o TEDH voltou a recorrer novamente ao *idem* jurídico, ao considerar que a conduta única do arguido constituía duas infrações *jurídicas* distintas: uma nos termos da lei penal geral (o crime de tráfico de estupefacientes) e uma infração aduaneira (por importação ilegal de produtos)¹⁴⁸, concluindo que não foi violado o *ne bis in idem* da Convenção (ponto n.º 52).

Contudo, a jurisprudência mais recente do TEDH a propósito do artigo 4.º admitiu a necessidade de harmonizar a interpretação do *idem* no mesmo sentido do postulado pelo TJUE na concretização do conceito de “mesmos factos” vertido no artigo 54.º da CAAS. Com efeito, nos acórdãos *Sergueï Zolotukhin c. Rússia*¹⁴⁹, *Ruotsalainen c. Finlândia*¹⁵⁰ e *Marguš c. Croácia*¹⁵¹ o referido conceito foi entendido “como proibindo a perseguição ou

¹⁴² Exemplos colhidos em R. CANAS DA SILVA, cit. n.º [114], nota n.º 52.

¹⁴³ Pedido n.º 38275/97. Acórdão de 30 de maio de 2002.

¹⁴⁴ Pedido n.º 38237/97. Acórdão de 6 de junho de 2002.

¹⁴⁵ Pedido n.º 18294/03. Acórdão de 26 de julho de 2007.

¹⁴⁶ Pedido n.º 18015/03. Acórdão de 26 de julho de 2007.

¹⁴⁷ Este caso traz também à tona a problemática da prisão *in default*, isto é, prisão por falta de pagamento de uma sanção pecuniária.

¹⁴⁸ Vide ponto n.º 50.

¹⁴⁹ Pedido n.º 14939/03. Acórdão de 19 de fevereiro de 2009.

¹⁵⁰ Pedido n.º 13079/03. Acórdão de 16 de junho de 2009.

¹⁵¹ Pedido n.º 4455/10. Acórdão de 27 de maio de 2014. Sem prejuízo de ter invocado a jurisprudência do acórdão de 19/02/2009, o Tribunal acabou por concluir que o artigo 4.º do protocolo n.º 7 não se aplicava neste caso. Este processo levanta outras questões de suma importância como a aplicação *ratione materiae* da CEDH e a compatibilidade da amnistia com a Convenção e com os recentes desenvolvimentos do direito

o julgamento de uma pessoa por uma segunda «infração», desde que esta tenha por origem factos idênticos ou factos que são em substância os mesmos”¹⁵². Em *Sergueï Zolotukhin c. Rússia*, o TEDH chega mesmo a adiantar os critérios que presidem à aferição da duplicidade fáctica, afirmando que “o Tribunal deve examinar o conjunto de circunstâncias fácticas concretas que implicam o mesmo infrator e estão unidas indissociavelmente no tempo e no espaço” (ponto n.º 84).

Assim, e como era desejável, o *ne bis in idem* doméstico ficou em sintonia com o *ne bis in idem* transnacional na concretização do conceito *idem*. Contudo, a jurisprudência harmonizada do princípio em ambos os planos, interno e transnacional, não é suficiente para, por si mesma, oferecer uma proteção equivalente¹⁵³ do *ne bis in idem* dentro de todos os Estados-membros da União Europeia. Isto por duas ordens de razões: primeiro porque nem todos os Estados ratificaram¹⁵⁴ o sétimo protocolo anexo à CEDH (o caso da Alemanha e da Holanda) e em segundo porque muitos formularam reservas à aplicação do princípio previsto na Convenção (Áustria, Dinamarca, França e Itália).

2. O conceito de “bis”

A concretização do conceito de “bis”, quer na interpretação da expressão “definitivamente julgado” do artigo 54.º da CAAS e do artigo 3.º, n.º 2 da DQ relativa ao MDE, quer na definição dos termos “julgado ou punido por sentença definitiva”, na aceção do artigo 4.º do sétimo protocolo adicional à CEDH, trouxeram uma riqueza jurisprudencial assinalável. Por sua vez, o artigo 50.º da CDFUE refere que o âmbito de proteção conferido pelo princípio *ne bis in idem* opera em relação às decisões de absolvição e às sentenças de condenação transitadas em julgado.

Importa-nos agora compreender, em exercício semelhante àquele desenvolvido para a aferição do *idem*, quais as decisões que julgam definitivamente uma pessoa e, portanto,

internacional penal, bem como com a questão de saber se uma conduta amnistiada absolve definitivamente o arguido (a este propósito, veja-se a opinião conjunta dos juízes Spielmann, Power-Forde e Nussberger no presente caso).

¹⁵² Neste sentido, pontos n.ºs 82, 56 e 114 dos acórdãos citados no parágrafo.

¹⁵³ Cf. J. A. E. VERVAELE, cit. n.º [72], p. 215.

¹⁵⁴ O Reino Unido não chegou sequer a assinar o protocolo.

que impedem o exercício da ação penal sobre ela, pelos mesmos factos, na jurisdição de outro Estado-membro.

2.1. O “bis” da CAAS

Cinco dos casos colocados ao TJCE conduzem-nos à interpretação da expressão “definitivamente julgado” do artigo 54.º da CAAS: o caso *Gözütok/Brügge*¹⁵⁵, o caso *Miraglia*¹⁵⁶, *Van Straaten, Gasparini* e o caso *Turansky*¹⁵⁷.

Em *Gözütok/Brügge*, o Tribunal de Justiça deparou-se com a questão de saber se, dentro do conceito de “definitivamente julgado” e, conseqüentemente, portadoras de efeito preclusivo de ação penal decorrente do facto de caberem no *ne bis in idem* transnacional, se encontravam as hipóteses de decisões tomadas pelo Ministério Público, através das quais se põe termo ao processo, mediante o pagamento de uma quantia por parte do arguido¹⁵⁸. Isto é, decisões amigáveis que, a serem definitivas no EM que proferiu a decisão, não configuram verdadeiramente “julgamentos”¹⁵⁹.

No caso *Miraglia*, a questão prejudicial colocada ao Tribunal dispunha o problema de saber se se deveria aplicar o artigo 54.º da CAAS no caso de a decisão judiciária do primeiro Estado consistir numa decisão de renúncia à instauração da ação penal, sem qualquer juízo sobre os factos, assente apenas no argumento de que já tinha sido instaurada uma ação judicial noutro EM (ponto n.º 27). No caso em apreço, a circunstância de já

¹⁵⁵ De facto, *Gözütok* (processo n.º C-187/01) e *Brügge* (processo n.º C-385/01) são dois processos distintos que, pela semelhança dos problemas que levantavam, foram reunidos pelo TJCE num único acórdão (veja-se o ponto 24 do referido aresto). A decisão proferida na sequência destes dois casos, que data de 2003, foi a primeira em que o Tribunal de Justiça se debruçou sobre a aplicação do *ne bis in idem* do artigo 54.º da CAAS.

¹⁵⁶ Processo n.º C-469/03. Acórdão proferido a 10 de Março de 2005.

¹⁵⁷ Processo n.º C-491/07. Acórdão proferido a 22 de Dezembro de 2008.

¹⁵⁸ Pontos n.ºs 18 e 23 do acórdão, respetivamente: “Verifica-se a extinção do procedimento criminal quando uma decisão do Ministério Público que ordene a suspensão do processo após o pagamento prévio de determinados encargos (...) obste à sequência do procedimento num tribunal neerlandês apesar de, nos termos da legislação de outros Estados contratantes, a referida decisão necessitar para esse efeito de homologação judicial?” e “A aplicação do artigo 54.º [da CAAS] permite que o Ministério Público belga accione em juízo num tribunal penal belga um nacional alemão e este o julgue pelos mesmos factos relativamente aos quais o Ministério Público alemão lhe proporcionou, mediante um acordo amigável, o termo do processo mediante o pagamento de uma quantia, que foi paga pelo cidadão alemão?”.

¹⁵⁹ Com esta questão, abre-se portas para outras, como: constituem decisões definitivas, na aceção da CAAS, aquelas que resultam de um processo com recurso à mediação penal?; Ou decisões tomadas pelos órgãos de polícia criminal ou órgãos administrativos, tendo em conta o grau de discricionariedade de que estes gozam?; A completa jurisdicionalização do regime do MDE contende com a interpretação do TJCE no sentido de atribuir carácter definitivo às decisões do Ministério Público ou emanadas de um órgão administrativo?;

existir uma ação penal noutra EM impedia, a nível interno, a Holanda de prosseguir a ação penal.

Por sua vez, no caso *Van Straaten* (que também levanta o problema quanto ao conceito de “mesmos factos”) questionava-se o TJCE se poderia considerar-se que uma pessoa foi “definitivamente julgada”, nos termos do artigo 54.º da CAAS, quando se esteja perante uma decisão de absolvição por insuficiência de provas.

Relativamente ao mesmo conceito, pronunciou-se também o TJCE no caso *Gasparini*, concretamente quanto à questão da relevância da prescrição no despoletar, ou não, do efeito do *ne bis in idem*. Perante a absolvição de um arguido por prescrição do procedimento criminal num Estado, colocava-se a seguinte questão prejudicial: “A apreciação da prescrição do procedimento criminal pelos tribunais de um Estado comunitário é vinculativa para os tribunais dos demais Estados comunitários?” (ponto n.º 20).

Por último, no caso *Turanský*, dava-se ênfase ao problema de saber se a proibição de dupla ação penal prevista no artigo 54.º da CAAS devia ser aplicada no caso de ter sido proferida uma decisão de arquivamento do procedimento, por parte de uma autoridade policial, numa fase anterior à acusação do arguido, sem qualquer sanção, após exame dos factos quanto ao mérito (ponto n.º 25). Neste caso, segundo o direito nacional do Estado onde foi proferida, a decisão não constituía um obstáculo à instauração de um novo procedimento penal pelos mesmos factos.

Respondendo às questões supracitadas, o Tribunal de Justiça pronunciou-se, de forma afirmativa, sobre a inclusão no conceito de “definitivamente julgado” de decisões do Ministério Público que, embora não configurem verdadeiros “julgamentos” no sentido mais judicial do termo, não deixam de demonstrar a pretensão punitiva estadual, embora através de uma via alternativa à pena, optando-se por uma sanção decorrente de uma decisão concertada entre o indivíduo e o Ministério Público, que o arguido efetivamente cumpre e que, para o direito interno do EM onde se deu a decisão, extingue definitivamente a ação penal. Falamos do caso *Gözütok/Brügge*. De facto, o que está em causa neste processo é a aceitação do instituto jurídico da transação penal¹⁶⁰, encarado

¹⁶⁰ Desenvolvidamente, sobre o escopo e aplicação do instituto e de medidas de diversão processual nos Estados-membros, *vide* pontos n.ºs 64 a 99 das conclusões do AG D. COLOMER, apresentadas em 19 de setembro de 2002, em relação ao presente caso. Em Portugal não existe este mecanismo, no entanto, os artigos 280.º (“diversão simples”) e 281.º (“diversão com intervenção”, ou seja, com imposição de obrigações) do CPP conferem ao MP a faculdade de não deduzir acusação, mediante o preenchimento de

muitas vezes como uma “justiça sem juiz” ou uma forma de “punir sem julgar”, como configurando um julgamento definitivo.

Com esta decisão, o Tribunal afirmou-se indistintamente como a “instância propulsora da integração europeia”¹⁶¹ ao ditar que a finalidade de criar um espaço de liberdade, segurança e justiça (ponto n.º 36) só pode ser conseguida tendo em mente, por um lado, que a aplicação da CAAS não pressupõe a harmonização ou aproximação das legislações penais e processuais dos Estados-membros (ponto n.º 32) e, por outro lado, que o princípio da confiança mútua deve servir de base à aplicação do princípio *ne bis in idem* entre Estados em que não existe essa obrigação (ponto n.º 33). Estes dois axiomas lidos em conjunto permitem compreender que o TJ aceite que dentro da proteção conferida pelo princípio se situem decisões que não careçam da intervenção de um órgão jurisdicional (n.º 38) nem revistam a forma de sentença, isto porque, de todo o modo, o infrator, mediante a execução da *pena* aplicada, “expiou a sua culpa e não deve, por isso, reccar novo correctivo”¹⁶².

De um outro prisma, o Tribunal sustentou que os mecanismos de diversão processual são aplicados em relação à pequena e média criminalidade, pelo que não aceitar a sua inclusão no conceito de “definitivamente julgado” implica diminuir o espetro de proteção conferido pelo *ne bis in idem* e oferecer segurança jurídica apenas aos arguidos acusados de infrações mais graves ou punidas com penas mais elevadas, o que se revela paradoxal (ponto n.ºs 39 e 40).

É legítimo questionar-nos se, a partir desta decisão, o TJUE não pretendeu ir mais longe, designadamente adotando na União Europeia o efeito político-criminal por excelência dos movimentos de *desjudicialização*¹⁶³, isto é, o de afastar a submissão dos indivíduos do sistema formal de justiça penal, privilegiando uma resposta não-estigmatizante e, no limite, aceitando uma determinada corrente criminológica no entendimento do fenómeno criminoso. É, talvez, ainda precoce retirar esta conclusão, no

determinados pressupostos. Tratam-se de *desvios* ao princípio da legalidade que, contudo, carecem de homologação pelo juiz de instrução. Em pormenor sobre o assunto: PEDRO CAEIRO, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”, in *Legalidade versus Oportunidade*, SMMP (ed.), 2002, p. 45-61.

¹⁶¹ A expressão é de A. MEDINA DE SEIÇA, cit. n.º [6], p. 1001.

¹⁶² Cf. ponto n.º 49 das conclusões do AG D. COLOMER.

¹⁶³ Assim, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra Editora, 2011, p. 45.

entanto, certo é que o campo de atuação no *ne bis in idem* transnacional ganha uma amplitude considerável com esta decisão.

No caso *van Straaten*, em que o arguido foi absolvido por insuficiência de provas, o Tribunal gizou que este não deixa de ser um “julgamento definitivo” na aceção do artigo 54.º da CAAS, desde logo porque a letra da disposição não limita a proteção conferida pelo princípio às decisões de condenação e, além disso, admitir o contrário seria colocar em risco os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima que asseguram o direito do arguido à livre circulação (ponto n.º 58). A não demonstração da autoria dos factos por insuficiência de provas demonstra, na mesma medida de uma condenação, que foi esgotado o *ius puniendi* estatal, pelo que um indivíduo definitivamente absolvido não tem de reacear novas ações penais contra si. Nas conclusões ao presente caso, o AG Colomer¹⁶⁴ invocou a CDFUE e a CEDH para justificar a sua posição no sentido de que um entendimento contrário ao exposto poria em causa os direitos fundamentais do artigo 48.º, n.º 1 e do artigo 6.º, n.º 2, dos respetivos diplomas.

Incluídas também no conceito estão as decisões que extinguem definitivamente a responsabilidade criminal dos arguidos, nomeadamente no caso *Gasparini*, entendendo o Tribunal que a absolvição por prescrição do procedimento criminal num Estado não obsta a que o efeito preclusivo da ação penal decorrente do *ne bis in idem* se verifique. Citando a jurisprudência vertida em *Van Straaten*, o Tribunal afirmou que os motivos desta conclusão são substancialmente idênticos, designadamente: o papel desempenhado pela confiança e pelo reconhecimento mútuos; a exclusão da harmonização das legislações para efeitos de aplicação do artigo 54.º; a obrigação de assegurar o direito à livre circulação de pessoas no espaço europeu.

Por sua vez, a AG Sharpston¹⁶⁵ teceu algumas considerações críticas de grande relevância, colocando a posição do Tribunal entre a escolha por uma “abordagem processual” ou uma “abordagem substancial” do princípio. A primeira permite que se dê relevância à prescrição *per se*, enquanto a segunda já obriga a que, para que o princípio se aplique, haja uma decisão de mérito no primeiro processo (ponto n.º 85 das conclusões). A AG começa por afirmar que o decurso do tempo é um fator que, na maioria dos sistemas

¹⁶⁴ Cf. ponto n.º 71 das conclusões do AG ao presente caso.

¹⁶⁵ A AG E. SHARPSTON conclui a sua exposição afirmando que uma decisão que declara a prescrição do procedimento criminal num EM só pode ser vinculativa para os restantes se for definitiva na ordem jurídica do primeiro Estado e tiver envolvido uma apreciação do mérito da causa (ponto n.º 160, 1º parágrafo), pela ordem de razões que enuncia nos pontos 92 a 104.

jurídicos, condiciona a instauração da ação penal, designadamente por findarem os prazos de prescrição. No entanto, em virtude de os países da *common law* não aplicarem este instituto, não se poderá afirmar que a prescrição tenha um reconhecimento generalizado entre os Estados-membros.

Argumento que nos conduz à primeira consideração: o *bis*, ao vigorar numa “abordagem processual” como foi declarado pelo Tribunal, exige que se construa autonomamente, tal como o *idem*, por referência ao direito da União Europeia e aos direitos fundamentais reconhecidos como tais no espaço europeu. Parece-nos que a aceitação da prescrição para efeitos de *ne bis in idem* não pode colher apenas argumentos de ordem prática na aplicação transnacional do princípio. É antes nos fundamentos da prescrição que defendemos que se deve procurar o seu acolhimento entre os Estados-membros, na perspectiva de a incluir ou não no conjunto de princípios que integram a ordem jurídica europeia.

De facto, como realça a AG, nem o artigo 2.º nem o artigo 29.º do TUE dão preferência à livre circulação de pessoas sobre a prevenção e combate à criminalidade (ponto n.º 97) e a jurisprudência do Tribunal de Justiça anterior ao acórdão em apreço exigiu sempre a existência de uma apreciação de mérito da causa (explicitamente em *Miraglia*) para fazer operar o princípio *ne bis in idem*. Sendo assim, o que mudou em *Gasparini*? Terá o Tribunal querido elevar a proteção conferida pelo *ne bis in idem* a um nível injustificadamente extenso¹⁶⁶ que deve ser revisto por forma a voltar a exigir dos Estados a apreciação da conduta criminosa alegadamente imputada ao indivíduo? Ou terá pretendido, por outro lado, reafirmar o princípio do reconhecimento mútuo como a tal “pedra angular” de toda a cooperação judiciária em matéria penal?

No plano interno, confluem no instituto da prescrição os mesmos interesses antagónicos¹⁶⁷ que são invocados no plano transnacional: por um lado, a pretensão punitiva estadual ou o combate à criminalidade, por outro lado, a salvaguarda dos direitos do arguido (na União Europeia, concretamente o direito de livre circulação) que impõem uma limitação ao exercício do *ius puniendi*. Qualquer que seja o fundamento em que assente a consideração do decurso do tempo como fator limitador da prossecução criminal, certo é que este se vai buscar em considerações de política criminal dos Estados que consagram o

¹⁶⁶ Neste sentido, A. KLIP, *European Criminal Law*, Intersentia, 2009, p. 241.

¹⁶⁷ Sobre os fundamentos da prescrição penal, P. GAMA DA SILVA, “A prescrição como causa de extinção da responsabilidade criminal”, Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 53.

instituto, pelo que acolher a prescrição penal no âmbito de proteção conferida pelo *ne bis in idem*, leva-nos a crer que o Tribunal de Justiça encontra-se continuamente a adotar um conjunto de princípios e valores que permitem aproximar as garantias processuais dos cidadãos de uma União que não se exige harmonizada e a desenhar, em seu favor, um quadro, ainda abstrato, de política criminal europeia.

Por outro lado, excluídos do conceito de “definitivamente julgado” segundo o Tribunal de Justiça, estão os casos de decisões de arquivamento fundadas em existência de processos paralelos pelos mesmos factos em outro Estado-membro (caso *Miraglia*)¹⁶⁸ e decisões de arquivamento tomadas por uma autoridade policial, anteriores à acusação, fundadas na inexistência de crime e após exame dos factos quanto ao mérito (caso *Turanský*).

Em *Miraglia*, o MP holandês tinha arquivado o processo como medida de prevenção face à possível violação do *ne bis in idem*, pelo facto de correr paralelamente uma ação contra o arguido, pelos mesmos factos, num tribunal italiano. A decisão de arquivamento, apesar de obstar, a nível interno, a jurisdição do Estado holandês de instaurar novo procedimento criminal, não constitui, segundo o TJUE, uma decisão que julga definitivamente nos termos da CAAS. Trata-se de uma decisão em que não existe qualquer apreciação da conduta ilícita do arguido, baseada apenas na *lis pendens* transnacional, o que, a ser aceite nos termos descritos, impossibilitaria que se cumprisse um dos objetivos do espaço de liberdade, segurança e justiça que é o da prevenção e combate à criminalidade (ponto n.º 34). De facto, neste caso, parece-nos razoável que se sobreponha ao direito de livre circulação de pessoas a necessidade de assegurar um elevado nível de segurança, permitindo a outras jurisdições o exercício da ação penal sob o indivíduo absolvido naquelas circunstâncias. Esta conclusão vai ao encontro das considerações já tecidas acerca da distinção entre o instituto da litispendência e o princípio *ne bis in idem*.

¹⁶⁸ Tal como refere o Livro Verde da Comissão, p. 50, esta decisão do TJCE reiterou que não é qualquer decisão baseada em circunstâncias que a nível interno impeçam a prossecução penal do indivíduo que tem o poder de despoletar o *ne bis in idem* transnacional, sob pena de, inclusive, se pôr em causa um dos objetivos do ELSJ que é o de combater a criminalidade transfronteiriça. No entanto, esta decisão não pode, a nosso ver, recorrer-se apenas do argumento de não haver uma apreciação de mérito, uma vez que, no caso da prescrição, também não existe esse mesmo juízo de mérito.

Já o caso *Turanský* torna-se de mais fácil apreensão se procedermos ao exercício, na esteira de Vânia Costa Ramos¹⁶⁹, de segmentarmos o conceito de “definitivamente julgado” em dois: a definitividade e o julgamento. De facto, o TJ afirma que o elemento da definitividade das decisões deve ser interpretado por referência ao direito interno da ordem jurídica do EM onde foi proferida a primeira decisão. Ora, se o direito interno do Estado que proferiu a decisão entende que um despacho de arquivamento proferido por uma autoridade policial¹⁷⁰ não extingue definitivamente a ação pública a nível nacional, entende o Tribunal que “... não pode constituir uma decisão que permita considerar que essa pessoa foi «definitivamente julgada» na aceção do artigo 54.º da CAAS” (ponto 40 do respetivo acórdão) e, por isso, não pode ter o efeito de obstar a que sejam eventualmente instauradas novas ações penais, pelos mesmos factos, contra essa pessoa noutra Estado. Já o segmento “julgamento”, como vimos, não se restringe às decisões proferidas por um órgão jurisdicional nem tem de revestir a forma de sentença, o que nos conduz à conclusão de que um despacho de arquivamento proferido por uma autoridade policial, conquanto esgote a apreciação da conduta ilícita do caso *sub judice* e seja considerada uma decisão definitiva para o Estado que procede à investigação, concretiza o conceito de “bis” da norma de Schengen.

Esta opção do Tribunal não é isenta de críticas, desde logo, por não se erigir um critério autónomo da União que permita aferir, *a priori*, a definitividade ou não das decisões. O Tribunal, ao remeter para a ordem jurídica interna do Estado da primeira decisão, abre caminho para soluções distintas dentro do espaço europeu, incompatíveis com as exigências da segurança jurídica e de igualdade e, em última análise, incompatíveis com o entendimento mais lato (que aqui defendemos) do princípio *ne bis in idem*. No sentido de combater este problema, proliferam na doutrina diversos critérios para aferir da definitividade das decisões. Pugnamos por aquele que vai ao encontro da linha argumentativa do TEDH, abraçado por Vânia Costa Ramos¹⁷¹ que teremos oportunidade de desenvolver a seguir.

¹⁶⁹ Cf. V. COSTA RAMOS, cit. n.º [5], pp. 144-145. A Autora justifica esta segmentação afirmando que “...as decisões podem ter carácter definitivo, mas não integrarem o conceito de julgamento: por exemplo, decisões intercalares. Por outro lado, as decisões que julgam, para efeitos da CAAS, podem ser ou não definitivas. Esta diferenciação poderá importar a classificação de determinadas decisões como não integrantes do artigo 54.º da CAAS, não obstante a sua definitividade ou o facto de julgarem”.

¹⁷⁰ Neste caso concreto, o Governo eslovaco corroborou, nas suas observações escritas, esta tese, com base no âmbito de aplicação do artigo em causa, o 215.º, n.º 1, al. a) do CPP eslovaco (ponto n.º 39 do acórdão).

¹⁷¹ Cf. V. COSTA RAMOS, cit. n.º [5], p. 149.

Fica, contudo, assente que para o Tribunal de Justiça, na concretização do *bis*, têm de se verificar dois aspetos essenciais: a decisão tem de ser proferida na sequência de uma apreciação de mérito da causa e deve extinguir definitivamente, a nível interno, a pretensão punitiva do Estado que proferiu a decisão.

2.2. O “bis” da CEDH

Da mesma forma que a jurisprudência do TJUE influenciou a concretização do elemento *idem* nas decisões do Tribunal de Estrasburgo, entendemos que em relação ao elemento *bis* o contributo pode ser colhido em sentido contrário. Como vimos, a decisão do Tribunal de Justiça de aferir a definitividade da decisão por remissão para a ordem jurídica do Estado que terminou a ação penal em primeiro lugar, traz inconvenientes de ordem lógica e sistemática, indo contra a própria jurisprudência do TJUE que, em relação ao outro elemento do princípio, pugnou por uma interpretação autónoma.

Começamos por apontar duas diferenças em relação à norma da CAAS (que, contudo, nada diz em contrário). Em primeiro lugar, a própria redação do princípio na Convenção aceita que, quer estejamos perante uma decisão de condenação ou de absolvição, o efeito *ne bis in idem* opera. Em segundo lugar, o direito consagrado no artigo 4.º do sétimo protocolo adicional à CEDH, amplia a proteção conferida pelo *ne bis in idem* não só à proibição de uma segunda condenação, mas impede também a instauração de novo procedimento criminal pelos mesmos factos¹⁷². Como concretiza o Tribunal de Estrasburgo, no já citado caso *Franz Fischer c. Austria* (ponto n.º 29), a conclusão que se retira do princípio consagrado na Convenção é que aquele “não se confina apenas ao direito de não ser punido duas vezes, mas estende-se ao direito de não ser perseguido ou julgado duplamente”¹⁷³. O Tribunal reitera este entendimento em *Nikitin c. Rússia*¹⁷⁴ concretizando que o artigo 4.º contém três garantias distintas, impedindo que alguém: seja suscetível de ser julgado novamente; seja julgado uma segunda vez; seja punido duplamente pela mesma infração.

¹⁷² Detalhadamente, W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, pp. 2203 e 2204.

¹⁷³ Tradução livre.

¹⁷⁴ Pedido n.º 50178/99. Acórdão de 20 de julho de 2004, ponto n.º 36.

Em *Sergueï Zolotoukhine c. Rússia*, o TEDH remete a interpretação do conceito de “sentença definitiva” do artigo 4.º do protocolo n.º 7 anexo à CEDH, para a Convenção Europeia sobre a Validade Internacional dos Julgamentos Penais¹⁷⁵, de 1970, nos termos da qual “uma decisão é definitiva se, segundo a expressão consagrada, transitou em julgado. Tal é o caso quando é irrevogável, ou seja, quando contra ela não cabe recurso ordinário ou quando as partes tenham esgotado essas vias ou deixaram decorrer o prazo sem as exercer” (ponto n.º 107). O mesmo entendimento tinha sido explanado nos acórdãos *Nikitin c. Rússia* (ponto n.º 38) e *Horciag c. Roménia*¹⁷⁶.

Apesar de o artigo da CEDH fazer remissão para a “lei e o processo penal do Estado” em causa, o TEDH não deixou de erigir um conceito autónomo, concretizando que uma decisão é definitiva, para efeitos da Convenção, quando não pode ser afetada por um recurso ordinário.

A natureza ordinária ou extraordinária dos recursos é aferida também à luz de um critério próprio do Tribunal, isto é, um recurso ordinário é aquele que é diretamente acessível aos indivíduos em causa, consoante o direito interno do Estado onde ocorre a prossecução penal. Deste modo, Vânia Costa Ramos¹⁷⁷ concretiza que esta proposta tem ainda a vantagem de “atender na mesma a remissão para as legislações nacionais, uma vez que as vias passíveis de serem esgotadas continuariam a ser definidas pelo legislador nacional”, indo assim ao encontro da letra da lei. Contudo, partilhamos ainda com a Autora a opinião de que não nos parece despiendo que no plano transnacional se pugne por uma interpretação própria da União na concretização da definitividade das decisões, indo além da proposta do Tribunal dos Direitos Humanos. Como fomos adiantando ao longo do presente texto, o *ne bis in idem* atingiu o patamar de verdadeiro princípio orientador do Direito Penal e Processual Penal da União Europeia, escapando às fronteiras definidas pelo *ius puniendi* dos Estados que a compõem, devendo ter uma configuração *sui generis* dentro do quadro de valores que justificam a sua inserção no *acquis* da União.

Ainda assim, a transposição da solução dada pela jurisprudência do TEDH para a interpretação do *ne bis in idem* transnacional parece ser apta a conferir-lhe mais um elemento objetivo que rejeita a apreciação casuística (entenda-se, de Estado para Estado) de uma das expressões da norma que dá corpo ao princípio, indo ao encontro das

¹⁷⁵ Em conformidade com o ponto n.º 22 do Relatório Explicativo do Conselho da Europa relativamente ao Protocolo n.º 7 à CEDH.

¹⁷⁶ Pedido n.º 70982/01. Acórdão de 15 de março de 2005, ponto n.º 1.

¹⁷⁷ Cf. V. COSTA RAMOS, cit. n.º [5], p. 148

exigências da segurança jurídica e da igualdade no espaço da União Europeia e conferido ao indivíduo que aí circula um elevado nível de proteção.

3. A condição de execução

Na parte final do artigo 54.º da CAAS encontramos a chamada “condição de execução” que, numa primeira análise, *limita* a aplicação do efeito *ne bis in idem* aos casos em que “...em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja atualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão de condenação foi proferida.” Também este segmento da norma suscitou dúvidas interpretativas relativamente à sua efetiva concretização nos casos concretos, nomeadamente as enunciadas nos processos *Kretzinger*¹⁷⁸ e *Bourquain*¹⁷⁹.

Em *Kretzinger*, questionava-se se a condição de execução se deve considerar preenchida, por um lado, nos casos de aplicação de uma pena suspensa e, por outro, na circunstância de ter sido aplicada pena de prisão efetiva que não chegou a ser executada, tendo o indivíduo apenas sido detido e sujeito a prisão preventiva.

No segundo caso, questionava-se o Tribunal se se aplicava o artigo 54.º ao caso do cidadão Klaus Bourquain que havia sido condenado à revelia a pena de morte, pena que nunca tinha podido ser executada e, neste momento, se encontra prescrita segundo o direito do Estado de condenação, e já não consta do catálogo punitivo desse Estado.

O TJCE pronunciou-se afirmativamente quanto à verificação do efeito do *ne bis in idem* da CAAS em ambos os casos, embora no caso *Kretzinger* apenas relativamente à questão da pena suspensa.

Entendemos que a interpretação do Tribunal é perfeitamente compatível com o espírito que subjaz à condenação numa pena de prisão suspensa na sua execução¹⁸⁰, preenchendo a condição do artigo 54.º, quer quando a pena tenha sido integralmente cumprida, o que ocorre findo o período de suspensão, quer no caso de ainda se encontrar a

¹⁷⁸ Processo n.º C-288/05. Acórdão proferido a 18 de julho de 2007.

¹⁷⁹ Processo n.º C-297/07. Acórdão proferido a 11 de dezembro de 2008.

¹⁸⁰ Sendo este um mecanismo comum a todos os sistemas penais dos Estados contratantes, como sublinha a AG E. SHARPSTON nos n.ºs 44 e 45 das suas conclusões, constituindo um mecanismo que permite abraçar o princípio da aplicação da pena mais favorável.

decorrer o período de suspensão da pena (“...esteja atualmente em curso de execução”). Mesmo na circunstância de o arguido não cumprir, por exemplo, as regras de conduta fixadas na decisão de condenação, conduzindo à revogação da suspensão por incumprimento dos deveres adstritos à aplicação da mesma, pugnamos pelo entendimento de que se deverá considerar em curso de execução, uma vez que já existe uma decisão definitiva, embora condicionada à verificação de determinados pressupostos aquando do cumprimento, assistindo-se *apenas* a uma mera conversão desta decisão em pena de prisão efetiva.

A segunda questão colocada no caso *Kretzinger* prendia-se com o preenchimento da condição de execução na situação de o arguido ter sofrido um curto período de privação de liberdade anterior à decisão final, que podia reportar-se ao momento da detenção ou ao da aplicação da medida de coação de prisão preventiva. O Tribunal entendeu que, aqui, pese embora a legislação do Estado de condenação previsse o desconto desse período de privação de liberdade na execução da eventual pena definitivamente aplicada, não está preenchida a parte final do artigo 54.º da CAAS, sublinhando que “resulta da própria redação desse artigo que o mesmo não pode ser aplicável antes que o indivíduo em causa «tenha sido definitivamente julgado»”(ponto n.º 49). Situando-se a detenção e a prisão preventiva sempre em momento anterior ao da decisão final, não se poderá considerar a condição de execução satisfeita naquela fase processual.

De salientar que é neste Acórdão que, pela primeira vez, o Tribunal se pronuncia, ainda que timidamente e em contraposição com as finalidades das medidas de coação, relativamente à razão de ser da limitação imposta ao princípio *ne bis in idem* pela parte final da norma da CAAS. Afirma o Tribunal, na sequência da interpretação feita pelos Governos alemão, espanhol, austríaco e pela Comissão que a finalidade da condição de execução do artigo 54.º da CAAS, ao contrário da almejada pelas medidas de coação, que se prendem sempre a propósitos preventivos, “...é evitar que uma pessoa já definitivamente julgada num primeiro Estado contratante deixe de poder ser julgada pelos mesmos factos e acabe por ficar impune, sempre que o primeiro Estado de condenação não tenha mandado executar a pena aplicada” (ponto n.º 51). A prerrogativa de evitar a *impunidade* viria a ser adensada recentemente com o caso *Spasic*¹⁸¹, cuja problemática central gira em torno da eventual incompatibilidade da condição de execução do artigo 54.º

¹⁸¹ Processo n.º C-129/14 PPU. Acórdão proferido a 27 de maio de 2014.

da CAAS com o artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e, consequentemente, com o próprio direito que se corporiza no princípio *ne bis in idem*. As notas que fomos adiantando ao longo do presente texto irão permitir-nos abordar a referida questão. No entanto, por ora, cumpre-nos continuar a adensar a problemática da condição de execução *per se*, para assim melhor compreendermos as limitações que a mesma impõe.

Em *Bourquain*, o Tribunal é confrontado com a questão de saber se o facto de a pena aplicada ao soldado francês, condenado pelo crime de homicídio qualificado cometido no decorrer da guerra na Argélia, nos anos 60, nunca ter podido ser executada preenche ou não a condição de execução. À primeira vista deparamo-nos com o exemplo típico da última parte do artigo 54.º, ou seja, a pena “*não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão de condenação foi proferida*”. Porém, o que aqui está em causa, e que suscitou dúvidas ao Tribunal de Ratisbona, foi o facto de a pena *nunca* ter estado em condições de ter sido cumprida.

Num primeiro momento, Bourquain, tendo sido julgado à revelia, não foi notificado da sentença, dado encontrar-se refugiado na República Democrática Alemã. Por outro lado, em França, todas as infrações cometidas no âmbito da guerra da Argélia foram amnistiadas. Só em 2002, quando o Ministério Público de Ratisbona deduziu acusação por homicídio qualificado, pelos mesmos factos, contra Klaus Bourquain, nos termos do § 211 do Código Penal alemão, é que foram pedidas informações ao Ministério da Justiça francês, ao abrigo do artigo 57.º, n.º 1, da CAAS, para saber se a sentença de 26 de janeiro de 1961 do Tribunal Permanente das Forças Armadas da zona leste de Constantina obstava à abertura de um processo penal na Alemanha por esses mesmos factos, devido à proibição da dupla incriminação prevista no artigo 54.º da CAAS. O Tribunal Militar de Paris respondeu ao pedido de informações afirmando que a pena já não pode ser cumprida em França, tendo em conta já ter decorrido o prazo de prescrição. Uma vez que o arguido tinha sido julgado à revelia, a pena só poderia ter sido executada em França se Bourquain tivesse sido detido antes de a infração ter sido amnistiada.

O facto de na ordem jurídica francesa o julgamento *in absentia* implicar sempre a reabertura do processo caso o arguido seja detido durante o período de prescrição da pena, aquela não deixa de constituir, para o Tribunal, uma decisão definitiva, na aceção do artigo 54.º da CAAS. No entanto, o Governo húngaro continuava a colocar em dúvida o preenchimento da condição de execução, pelo facto de a pena nunca ter estado em

condições de ser executada diretamente, mesmo antes da amnistia e da prescrição, devido às especificidades processuais do direito francês (ponto n.º 46). A argumentação húngara foca-se na expressão “a pena não possa já ser executada” para advogar que, em algum momento, pelo menos na data da prolação da sentença, aquela deveria ter sido exequível, o que não se verificou.

Se quanto à prescrição e à amnistia não se suscitam dúvidas de que preencherão a condição de execução, porquanto constituem mecanismos jurídicos que, antes de operarem e impedirem definitivamente a execução da pena, permitiram que existisse um período em que aquela podia ter sido executada, já não se afigura tão claro que este argumento proceda caso a pena nunca tenha estado em condições de ser executada, dependendo a todo o tempo da detenção do arguido contumaz para a reabertura do processo.

Cumpre-nos questionar se, neste caso, também não se poderá invocar o argumento de que a parte final do artigo 54.º serve o propósito de evitar a *impunidade*. De facto, o arguido, atravessando fronteiras, nomeadamente refugiando-se na Alemanha dividida, conseguiu subtrair-se à justiça. À época, a razão avançada pelo Tribunal no caso anterior para justificar a inclusão da condição de execução como limitação ao princípio *ne bis in idem*, não nos parece tão despicienda, atendendo a que os mecanismos de cooperação judiciária internacional em matéria penal eram bastante mais limitados. No entanto, o TJUE acabou por concluir que a parte final do artigo 54.º da CAAS se encontra preenchida mesmo na circunstância de a pena, devido a especificidades processuais do direito do Estado de condenação, nunca ter podido ser executada diretamente (ponto nº 52).

3.1. A compatibilidade com o artigo 50.º da CDFUE – o caso *Spasic*

Em Dezembro do ano 2000, o Conselho Europeu de Nice aprovou aquela que, à época, foi reduzidamente adjectivada como uma *solene proclamação política* – a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Depois de um “prolongado défice de direitos fundamentais”¹⁸² dentro do espaço europeu, pautado por uma positivação fragmentária, dispersa e temerosa ao longo dos sucessivos tratados, foi apenas em 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, e na “esteira da construção identitária e da cidadania

¹⁸² Assim, V. MOREIRA, cit. nº [7], p. 171.

europeia”¹⁸³ que a CDFUE foi incorporada na ordem jurídica básica da União Europeia, passando a integrar o direito primário da União. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1 do TUE é agora reconhecido que “os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia têm o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

Entre outros, a *bill of rights* da União consagra, no seu artigo 50.º, o princípio *ne bis in idem*, salvaguardando o *direito a não ser julgado ou punido mais do que uma vez pelo mesmo delito*. Contudo, a redação deste artigo, em contraposição ao artigo 54.º da CAAS e ao artigo 3.º, n.º 2 da DQ relativa ao MDE, mas em convergência com o texto do artigo 4.º, n.º 1 do Protocolo n.º 7 anexo à CEDH (que influencia, como vimos, a aplicação do princípio a nível interno), ignora a condição de execução supra explanada, não contendo qualquer referência quanto ao cumprimento da pena aplicada. Na formulação de Van Bockel¹⁸⁴, a questão recai em saber se a *economia de palavras* do artigo 50.º da Carta é intencional, visando conferir uma proteção mais forte ao princípio *ne bis in idem* do que aquela encontrada em outros instrumentos da União ou se, por outro lado, deve antes ser interpretada de acordo com essas outras disposições, não alterando substancialmente a forma como têm vindo a ser aplicadas.

A defenderem o carácter modesto da Carta, embora escrevendo no período pré-Lisboa, Moura Ramos¹⁸⁵ e Poiares Maduro¹⁸⁶ entendem que a Carta não produz nenhuma alteração substancial ao nível da proteção dos direitos fundamentais na União Europeia, traduzindo, *apenas*, a necessidade de codificação desses direitos, por forma a dar visibilidade ao sistema europeu de proteção dos mesmos. Em sentido divergente, mas já no quadro pós-Lisboa, Sérgio Tavares¹⁸⁷ afirma que a União Europeia elevou a Carta “a um *locus standi* inédito para os direitos humanos”.

Qualquer que seja a conclusão a que chegaremos, a condição de execução constitui, em primeira análise, uma restrição a um direito fundamental consagrado na

¹⁸³ Cf. S. MAIA TAVARES, “*Quid iuris?* A união europeia e o novo *locus standi* dos direitos humanos: a construção da efectividade da carta dos direitos fundamentais, a reforma de Lisboa e o artigo 6º do TUE”, *RSTPR*, n.º2, 2013, p. 331.

¹⁸⁴ Cf. B. VAN BOCKEL, *Ne bis in idem in EU law*, Cambridge University Press, 2016, p. 20.

¹⁸⁵ Vide R. MOURA RAMOS, “A Carta dos Direitos Fundamentais na União Europeia e a proteção dos Direitos Fundamentais”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 25, 2001, p. 184.

¹⁸⁶ Cf. M. POIARES MADURO, “Carta dos direitos fundamentais: limite ou instrumento do processo de integração europeia”, *Europa: novas fronteiras*, n.ºs 16/17, 2004/2005, p. 74.

¹⁸⁷ Assim, S. MAIA TAVARES, cit. n.º [182], p. 335.

Carta, restrição essa que, em abstrato, não é *proibida*¹⁸⁸, mas deve respeitar a cláusula geral de restrições prevista no artigo 52.º da CDFUE¹⁸⁹.

Como explica Vital Moreira¹⁹⁰, qualquer restrição a um direito fundamental consagrado na Carta só é lícita se respeitar cinco princípios fundamentais: o princípio da legalidade, da justificação, da necessidade, da proporcionalidade e, por fim, o respeito pelo núcleo essencial do direito restringido. Se quanto à observância do primeiro princípio não há qualquer objeção a ser feita, encontrando-se a restrição efetivamente estabelecida no texto da CAAS e da LMDE, designadamente no artigo 54.º e no artigo 3.º, n.º 2 da DQ *in fine*, os seguintes já parecerem carecer de uma interpretação mais profunda, porquanto o respeito pelos mesmos não se afigura tão evidente.

O princípio da justificação e da necessidade encontram-se explanados no artigo 52.º da CDFUE quando ali se exige que as “...restrições introduzidas (...) correspondam efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção de direitos e liberdades de terceiros” e essas restrições sejam *necessárias* para proteger ou promover esses mesmos direitos ou interesses fundamentais. Por outro lado, dita o princípio da proporcionalidade que toda a restrição deve limitar-se ao estritamente necessário para alcançar o objetivo que a justifica, devendo ser feito um juízo de ponderação entre os vários direitos ou interesses protegidos, sem aniquilar o direito fundamental em causa, ou seja, salvaguardado o seu núcleo essencial (reserva do núcleo essencial).

Numa breve resenha, a restrição ao direito fundamental de não ser *julgado ou punido mais do que uma vez pelo mesmo delito*, deve, por um lado ter uma causa justificativa assente na necessidade de proteger um interesse fundamental reconhecido pela União e que essa mesma restrição seja proporcional, i.e., não exceda o limite razoável para a proteção daquele interesse e não afecte o núcleo essencial do direito fundamental previsto no artigo 50.º da CDFUE.

¹⁸⁸ Há, no entanto, restrições efetivamente proibidas pela Carta, como acontece no caso da proibição da pena de morte, no que respeita ao direito à vida (art.º 2º/2), ou com a proibição da tortura, conexcionada com o direito à integridade do ser humano (art.ºs 3º e 4º). Para além destas, como esclarece a anotação oficial ao art.º 1º, nenhuma restrição a um direito fundamental pode implicar o desrespeito ao valor supremo da dignidade da pessoa humana.

¹⁸⁹ Esta disposição difere dos sistemas da maioria das Constituições nacionais, bem como da CEDH, nos termos das quais as exceções são reguladas individualmente, em relação a cada direito fundamental.

¹⁹⁰ Assim, V. MOREIRA, cit. n.º [7], p.185.

No acórdão *Kretzinger*, analisado supra, constatámos que o Tribunal de Justiça avançava, pela primeira vez, que a condição de execução prosseguia um objetivo de interesse geral inerente ao espaço de liberdade, segurança e justiça, designadamente o da prevenção da impunidade de pessoas condenadas definitivamente e que aquela condição era, assim, apta para alcançar essa prerrogativa. Restava ao Tribunal pronunciar-se acerca da proporcionalidade de tal restrição ao direito fundamental consagrado no artigo 50.º da CDFUE, bem como tomar posição quanto à circunstância daquela lesar ou não o núcleo essencial do direito protegido.

Recentemente, o TJUE teve oportunidade de responder às questões mencionadas, ao ser confrontado pelo Tribunal Regional Superior de Nuremberga com o caso de Zoran Spasic, cidadão sérvio, acusado na Alemanha por factos pelos quais já tinha sido condenado em Itália, por sentença transitada em julgado, a um ano de prisão efetiva e ao pagamento de uma multa, ambas as sanções a título de pena principal. Spasic, que estava preso na Áustria por outros delitos, pagou a multa mas não cumpriu a pena privativa da liberdade.

As questões prejudiciais colocadas pelo tribunal de reenvio foram, no essencial, as seguintes: se a condição de execução do artigo 54.º da CAAS é compatível com o artigo 50º da CDFUE e se essa condição é satisfeita pela execução de apenas uma parte da sentença.

3.1.1. A primeira questão prejudicial

Curiosamente, o Tribunal Constitucional Alemão já se tinha pronunciado acerca da compatibilidade do artigo 54º da CAAS com a Carta, sem ter submetido a questão ao TJUE, no julgamento de Heirinch Boere¹⁹¹, de 88 anos, ex-membro de um grupo nazi que operou nos Países Baixos em 1944. Acusado de ter cometido três homicídios sob o comando das SS, Boere foi julgado *in absentia* por um Tribunal holandês em 1949, nunca tendo chegado a cumprir a pena na qual foi condenado. Quase 50 anos após o primeiro

¹⁹¹ Sobre o caso em apreço: S. SWOBODA, “Paying the Debts - Late Nazi Trials before German Courts: The Case of Heinrich Boere”, in *Journal of International Criminal Justice*, Março de 2011, vol. 9, pp. 243 a 269 e, numa outra perspectiva, S. BECK, “Does Age Prevent Punishment? The Struggles of the German Juridical System with Alleged Nazi Criminals: Commentary on the Criminal Proceedings Against John Demjanjuk and Heinrich Boere”, in *German Law Journal*, n.º 3, 2010, vol. 11 (especificamente pp. 362 a 365),

juízo, o Tribunal alemão, mantendo o seu interesse em punir os crimes cometidos à época, vê-se confrontado com a decisão de escolher entre aplicar o artigo 54.º da CAAS, nos termos do qual a proibição *bis in idem*, por força da condição de execução, não produziria efeitos, podendo haver lugar a um novo julgamento, ou atender à disposição do artigo 50.º da Carta, à luz do qual a possibilidade de uma nova *persecutio criminis* estava vedada. O *BVerfG* acabou por concluir que o artigo 50.º da CDFUE deve ser entendido nos mesmos termos do artigo 54.º da CAAS, pelo que, não se cumprindo a condição de execução, o arguido podia ser novamente julgado na Alemanha pelos mesmos factos que estiveram na base da condenação na Holanda.

Este caso ilustra de forma assertiva a necessidade de definir as fronteiras de aplicação do *ne bis in idem*, porquanto a escolha entre a letra do artigo 54.º da CAAS ou do artigo 50.º da Carta será determinante na delimitação do escopo e do alcance do princípio na União Europeia¹⁹². Indo mais longe, a decisão de manter a condição de execução pode constituir um impedimento para a União Europeia se reivindicar como uma verdadeira ordem jurídica. Gulliksson¹⁹³ concretiza este veredito: ao aceitar que um EM julgue novamente um indivíduo condenado noutra EM pelo facto de não ter sido executada a pena aplicada, conduz a que, para o mesmo caso, se subscrevam duas “verdades jurídicas”, possivelmente distintas. O Autor recorda, contudo, que não cabe ao princípio *ne bis in idem* resolver os problemas de coerência do sistema, no entanto pode sempre, modestamente, contribuir para o legitimar, não compactuando com decisões contraditórias.

O Tribunal de Justiça, por sua vez, proferiu uma decisão original e, até certo ponto, surpreendente. Começando por referir que a condição de execução constitui, indubitavelmente, uma limitação à Carta, acaba por concluir que esta limitação é conforme aos princípios que presidem à restrição dos direitos fundamentais consagrados.

De facto, se iniciarmos o nosso estudo sobre esta temática pelas anotações à CDFUE¹⁹⁴, como sugere o acórdão (ponto n.º 54), verificamos que nas notas ao artigo 50.º é feita referência expressa aos artigos 54.º a 58.º da CAAS, nomeadamente afirmando que “...as exceções bem delimitadas pelas quais estas convenções permitem aos Estados-

¹⁹² Partindo deste caso para a problematização da manutenção da condição de execução na UE, J. SEYDEL, *Enforcement or no enforcement?*, Grin Verlag Ohg, 2011.

¹⁹³ Cf. M. GULLIKSSON, “Effective sanctions as the one-dimensional limit to the *ne bis in idem* in EU Law”, *Human Rights in Contemporary European Law – Swedish Studies in European Law*, vol. 6, coord. J. NERGELIUS/E. KRISTOFFERSON, Hart Publishing, 2015, p. 188.

¹⁹⁴ Cf. “*Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – anotações relativas ao texto integral da Carta*”, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001, p. 72.

membros derrogar a regra "non bis in idem" são abrangidas pela cláusula horizontal do n.º 1 do artigo 52.º, relativa às restrições". Há que notar, no entanto, que a argumentação com base nas anotações à CDFUE deve ser acolhida com alguma cautela.

Desde logo, é necessário frisar que a Carta só ganhou força vinculativa no seio da União após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009. À data em que foram redigidas as anotações, um ano após a proclamação dos direitos vertidos na Carta, esta tinha um carácter simbólico, embora muito forte, decorrente da tentativa de expressão de uma vontade "autoconstituente" da União. Contudo, não vinculava diretamente os Estados-membros e, por isso, como sublinha Maria Luísa Duarte¹⁹⁵, o cenário institucional e temporal em que foram redigidas as Anotações "não pode, no futuro, limitar a liberdade aplicativa dos tribunais da União e dos Estados-membros, nem sustentar a dinâmica de interpretação evolutiva e contextual das disposições da CDFUE".

Para além disso, de acordo com as anotações, ainda quanto ao artigo 50.º, dispõe-se que "o nível de proteção conferido pela Carta nunca poderá ser inferior ao nível garantido pela CEDH", abrangendo os respetivos protocolos anexos. Esta disposição vai ao encontro da letra dos artigos 52.º, n.º 2 e 53.º, ao afirmarem, respetivamente, que "*na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção*" e "*nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, (...) nomeadamente a Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais*". Ora, a CEDH, embora seja um instrumento que, como vimos, restringe-se ao plano doméstico, não faz qualquer referência à condição de execução, podendo concluir-se que, neste âmbito, o nível de proteção conferido é idêntico em ambos os diplomas, pelo que aquela limitação imposta ao princípio *ne bis in idem* não seria, à partida, admitida, por constituir um nível de proteção inferior ao conferido pela Convenção.

Apesar de estar assente a identidade de sentido das disposições da Convenção e da Carta, divergindo apenas quanto ao âmbito geográfico de aplicação, coloca-se a questão

¹⁹⁵ Cf. M. LUÍSA DUARTE, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2010, p. 95.

de saber se as disposições da Carta devem ser interpretadas em conformidade com as da Convenção, tal como decorre do artigo 50.º, n.º 3 da CDFUE, mesmo no caso de uma disposição da CEDH não vincular todos os Estados-membros, como acontece no caso em apreço, uma vez que a República Federal da Alemanha não ratificou o protocolo n.º 7 anexo à Convenção. O alcance do artigo 50.º não pode, a nosso ver, ficar prejudicado por o facto de alguns Estados não terem adotado o *ne bis in idem* nos termos consagrados na CEDH, desde logo porque a Carta tem valor por si mesma, apesar de utilizar a Convenção como auxiliar axiológico e interpretativo. Além disso, como argumentou o AG Niilo Jääskinen¹⁹⁶, nas conclusões ao acórdão *Spasic*, “isso equivaleria a reconhecer aos Estados-membros um poder de interpretação unilateral quanto ao conteúdo do regime dos direitos fundamentais da União”, o que é verdadeiramente incompatível com o princípio da autonomia do Direito da União e com a prerrogativa do TJUE de garantir uma interpretação uniforme dos instrumentos jurídicos europeus (ponto n.º 63 das conclusões).

Todavia, não querendo reduzir a sua argumentação às anotações à Carta, o Tribunal procurou demonstrar, ao longo do acórdão *Spasic*, as razões que concorrem para a conclusão de que aquela restrição é de facto compatível com o artigo 52.º, designadamente com os princípios nele vertidos.

Antes de adentrarmos nos precisos argumentos utilizados pelo Tribunal, importa atentar nos elementos gramaticais do artigo 52.º, designadamente de um pequeno trecho do n.º 1, onde se afirma que as “...restrições só podem ser introduzidas”. A admissibilidade das mesmas utilizando o verbo “introduzir”, remete-nos para considerações de futuro, aplicando-se, a nosso ver, a novos instrumentos que venham ser adotados pela União e pelos Estados e não para os já existentes. *A contrario sensu*, datando a Carta do ano 2000 e sendo elaborada com conhecimento da existência do artigo 54.º da CAAS, se a restrição imposta pela condição de execução fosse imperativa, teria figurado no texto da Carta.

Contudo, o Tribunal de Justiça procedeu antes a uma leitura conjugada dos artigos 3.º, n.º 2 do TUE e do artigo 67.º, n.º 3 do TFUE, que lhe permitiu concluir que é simultaneamente *premissa* e *objetivo*, num espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, a garantia de um *elevado nível de segurança* aos cidadãos, designadamente “...através de medidas de prevenção da criminalidade e de combate à

¹⁹⁶ Cf. tomada de posição do AG N. JÄÄSKINEN, apresentada em 2 de maio de 2014 relativamente ao caso *Spasic*.

mesma, através de medidas de coordenação e de cooperação entre autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, através da aproximação das legislações penais” (artigo 67.º, n.º 3).

O objetivo da condição de execução do artigo 54.º da CAAS, de evitar a *impunidade*, é, agora, amplamente justificado com a inserção desse propósito num ainda maior, previsto nos Tratados, nomeadamente o de alcançar um *elevado nível de segurança*. Com efeito, em caso de não execução da sanção aplicada, ao permitir que as autoridades de um Estado contratante julguem pelos mesmos factos uma pessoa definitivamente condenada noutra Estado contratante, evita-se o risco de o referido condenado ficar *impune* por ter deixado o território do Estado onde foi condenado, elevando-se a nota da segurança a estandarte no espaço judicial europeu. E, assim, é confirmada a compatibilidade da condição de execução quer com o princípio da necessidade e da justificação (uma vez que a condição de execução é apta a alcançar o objetivo delineado), quer com o da reserva do núcleo essencial do direito restringido, tendo em conta que esta restrição opera no sentido de excluir apenas alguns casos do âmbito da proteção conferida pelo princípio.

No entanto, como argumenta Van Bockel¹⁹⁷, o Tribunal poderia ter chegado a uma conclusão substancialmente distinta se, diversamente, tivesse colocado a tónica no princípio do reconhecimento mútuo e nas implicações que resultam da exigência de confiança mútua nos sistemas jurídicos dos Estados-membros, como o fez na jurisprudência relativa à concretização dos elementos *idem e bis*.

Resta fazer o *teste* da proporcionalidade, concluindo se esta restrição não é excessiva ou, por outro lado, se efetivamente se limita ao necessário para alcançar o objetivo que a justifica. Aqui importa referir, como fez a Comissão nas suas alegações (ponto n.º 65 do acórdão *Spasic*), que existem diversos instrumentos, ao nível da União, para facilitar a cooperação entre os Estados-membros em matéria penal, designadamente as Decisões-Quadro 2002/584, 2005/214, 2008/909, 2009/948, relativas, respetivamente, ao Mandado de Detenção Europeu, à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sanções pecuniárias, à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em

¹⁹⁷ Cf. B. VAN BOCKEL, cit. n.º [183], p. 30. O Autor afirma que a escolha do Tribunal se encontrava efetivamente entre o objetivo de alcançar um elevado nível de segurança, evitando a impunidade, e o princípio da confiança e do reconhecimento mútuos.

matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade e a relativa à prevenção e resolução de conflitos de exercício de competência em processo penal.

A questão acerca da proporcionalidade desta restrição já tinha sido contestada, inclusive, no Livro Verde da Comissão supra referido, invocando-se a existência de alguns destes mecanismos de cooperação como argumento para que fosse adotado um entendimento mais lato do *ne bis in idem* que, já à época, parecia dispensar a condição de execução. De salientar que este documento data de 2005, tendo sido criados, entretanto, outros instrumentos que permitem afirmar que a *impunidade* das pessoas definitivamente julgadas num Estado-membro não é, à partida, um problema que careça de uma resposta eficaz na União Europeia. Contudo, advoga o tribunal que estes mecanismos, apesar de permitirem agilizar a execução das decisões judiciais dentro da União, estão subordinados à verificação de diversas condições, pelo que não se afiguram eficazes à prossecução do objetivo traçado nem tão pouco parecem “ter por principal objetivo combater a impunidade das pessoas condenadas na União por uma sentença penal transitada em julgado” (ponto n.º 70).

O Tribunal parece ignorar da sua argumentação a existência do artigo 4.º, n.º 3 do TUE, em virtude do qual os Estados-membros ficam obrigados a garantir a execução das obrigações decorrentes dos tratados ou resultantes dos atos das instituições da União, respeitando, deste modo, o princípio da efetividade. Esta prerrogativa surge de mãos dadas com o princípio da lealdade e da interpretação conforme, adensados no acórdão *Pupino*¹⁹⁸, nos termos dos quais os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a aplicar o direito nacional à luz do teor e das finalidades das decisões-quadro.

Reunidos os argumentos explanados, parece-nos que as conclusões do Tribunal não são razoáveis: desde logo porque mesmo considerando que não é objetivo principal dos atos mencionados impedir a impunidade dos autores da criminalidade transfronteiriça, o seu escopo, quando inserido nas disposições gerais da União relativas à cooperação em matéria penal, também deve abranger essa finalidade. O regime do MDE é, quiçá, o melhor exemplo para o justificar: o objetivo de romper com o sistema tradicional de auxílio judiciário mútuo, conduziu os Estados a adotarem um mecanismo que permite a detenção e entrega de uma pessoa para execução de uma sanção decretada noutro Estado-membro (artigo 1.º, n.º 1 da DQ relativa ao MDE). Terá sido também, com certeza, com vista a

¹⁹⁸ Processo n.º C-105/03, de 16 de Junho de 2005, pontos n.ºs 42 e 43.

salvaguardar aquele objetivo enfatizado pelo Tribunal que os Estados estão agora obrigados, salvo verificando-se os motivos de recusa devidamente justificados, a entregar uma pessoa para o efeito citado. Em sentido contrário, destacamos a tese de Kargopoulos¹⁹⁹ para quem o regime do MDE e os instrumentos jurídicos que decorrem do reconhecimento mútuo podem justificar a continuação da validade da condição de execução.

De facto, a parte final da norma de Schengen tornou-se obsoleta²⁰⁰ e redundante dentro do atual quadro jurídico da União Europeia, sendo apenas justificável por razões ligadas à manutenção da soberania penal dos Estados.

Para além do exposto, a questão da proporcionalidade da restrição pode ser problematizada de um outro prisma. Com efeito, importa observar que, se por um lado, encontramos uma previsão ampla do princípio *ne bis in idem*, de natureza *constitucional*²⁰¹, no artigo 50.º da Carta, por outro lado temos o artigo 54.º da CAAS, de natureza “*subconstitucional*”²⁰² a aplicar restritivamente o referido princípio, surgindo ainda um terceiro preceito, também *constitucional*, no artigo 52.º da CDFUE, a expressar as condições em que norma pode limitar a aplicação do princípio. Trata-se de uma triangulação complicada²⁰³, no entanto devemos atender à solução preconizada pela doutrina²⁰⁴ em caso de conflito de normas ambas constitucionais, como ocorre nas hipóteses de discrepância entre a CDFUE e as Constituições nacionais.

Aqui, o entendimento maioritário afirma que deve prevalecer a Carta, atendendo ao princípio da primazia do direito da União, excetuando os casos em que, por força do artigo 53.º da própria Carta, as Constituições dos Estados ofereçam *um nível mais elevado de proteção* do direito fundamental em causa do que o proporcionado pela Carta. Mesmo nessas circunstâncias, se da aplicação de níveis mais elevados de proteção conferidos pelas Constituições nacionais resultar a inaplicabilidade de um instrumento da União Europeia,

¹⁹⁹ Cf. A. I. KARGOPOULOS, *European Police and Criminal Law Co-operation*, coord.: M. Bergström/Anna Jonsson Cornell, Hart Publishing, 2014, pp. 105 e 106.

²⁰⁰ Neste sentido, M. FLETCHER/R. LOOF/B. GILMORE, *EU Criminal Law and Justice*, EE Publishing Limited, 2008, p. 136.

²⁰¹ V. MOREIRA refere em várias páginas da sua obra cit. n.º [7] este carácter constitucional da Carta, designadamente nas pp. 173, 174 e 192 a 194.

²⁰² A ideia da constitucionalidade em contraposição com a natureza “subconstitucional” do artigo 54º é adensada em N. RECCHIA, “Il principio europeo del *ne bis in idem* tra dimensione interna e internazionale - Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic”, *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 3, 2015, pp. 71 a 82.

²⁰³ Vide nota anterior, pp. 76.

²⁰⁴ Descreve-a V. MOREIRA, cit. n.º [7], p. 191.

deve prevalecer o *standard* de proteção oferecido pela Carta, como transparece do acórdão *Melloni*²⁰⁵ (citado no ponto n.º 29 do acórdão *Åkerberg Fransson*²⁰⁶), de 26 de Fevereiro de 2013.

Para Vervaele²⁰⁷, a solução preconizada em *Melloni* não oferece surpresa, tendo em consideração a vasta jurisprudência do Tribunal de Justiça referente à primazia, unidade e efetividade do direito da União Europeia. Neste caso, o Tribunal declarou que, fruto da exaustiva harmonização dos direitos fundamentais na União Europeia, em que se traduz o elevado nível de proteção oferecido pela Carta, será porventura contrário ao próprio princípio do reconhecimento mútuo²⁰⁸ aplicar um *standard* de proteção distinto do previsto naquele diploma. Da interpretação deste acórdão, conclui Pedro Caeiro que “assim, no seu âmbito de aplicação, o direito europeu em geral e a Carta dos Direitos Fundamentais em particular são parâmetros *máximos* de proteção dos direitos fundamentais, sem prejuízo dos limiares mínimos estabelecidos pela CEDH”²⁰⁹.

Deste exercício resulta que a limitação imposta pela condição de execução se deve revelar *reforçadamente proporcional*, porquanto o Direito da União Europeia não parece legitimar um nível de proteção menos elevado do que aquele conferido pela Carta, pugnando, na maioria dos casos, pela solução que confira uma proteção mais ampla do direito fundamental em causa, não raras vezes encontrada na CDFUE. Por outro lado, quando se admite que as garantias constitucionais mais amplas do que a Carta sejam aplicadas, exige-se que os direitos em que se traduzem sejam considerados tradições

²⁰⁵ Processo n.º C-399/11. A tónica deste caso colocava-se no conflito entre a jurisprudência do TC espanhol relativa à aplicação do direito fundamental a um processo equitativo (art.º 24.º, n.º 2 da Constituição espanhola) e o artigo 4.º-A, n.º 1, da DQ relativa ao MDE (inserido a partir das alterações introduzidas pela DQ 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009). Nos termos desta última disposição, não pode ser recusada a entrega de uma pessoa condenada na ausência que tiver sido representada por defensor devidamente mandatado para o efeito. Opinião distinta tinha o TC espanhol que considerava que Melloni poderia requerer um novo julgamento para salvaguardar os seus direitos de defesa. O TJUE acabou por concluir que a aplicação dos padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais não poderá comprometer a unidade, a eficácia e a primazia do direito da UE (ponto n.º 60 do acórdão).

²⁰⁶ Processo n.º C-617/10, de 26 de Fevereiro de 2013. Todos os anos, a Comissão elabora um relatório anual sobre a aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Este caso, como refere o Relatório de 2013, “desempenhou um papel fundamental numa definição aprofundada da aplicação da Carta nos Estados-Membros pelos juízes nacionais”. Disponível em:

<https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000058001-000059000/000058990.pdf>

²⁰⁷ Cf. J. VERVAELE, “The European Arrest Warrant and applicable standards of fundamental rights in European Union”, *Review of European Administrative Law*, vol. 6, n.º 2, dezembro 2013, pp. 37-54.

²⁰⁸ Cf. T. MARGUERY, “Rebuttal of Mutual Trust and Mutual Recognition in Criminal Matters: Is ‘Exceptional’ Enough?”, *European Papers*, vol. 1, 2016, n.º 3, p. 950

²⁰⁹ Cf. P. CAEIRO, “A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu”, in *O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE: Desenvolvimentos Recentes*, coord: C. URBANO DE SOUSA, Lisboa: Edual, 2014, pp. 250 e 251.

constitucionais comuns aos Estados-membros²¹⁰, sendo aplicáveis enquanto princípios gerais de direito europeu²¹¹ (artigo 6.º TUE). Assim, sendo o *ne bis in idem*, como vimos, um princípio comum às ordens jurídicas internas dos Estados-membros e estando assente que se trata de um princípio fundamental da União Europeia, dificilmente se poderá aceitar que não lhe seja conferida a máxima proteção possível (e, de facto, literalmente plasmada).

Ainda no auge do debate constitucional na União Europeia, Poiares Maduro²¹² sustentou que o reconhecimento dos direitos contidos na Carta como direitos fundamentais “impõe uma mudança hermenêutica no seu processo de interpretação e aplicação: estes direitos passariam a servir como critérios para julgar a legislação que os desenvolve ou restringe e não seria mais a legislação a servir como critério para determinar a existência e a extensão desses direitos”. Assim nos parece que sucedeu a partir da atribuição de carácter vinculativo à Carta com o TL, tendo a jurisprudência do TJ e a doutrina remado nesse sentido, com a exceção encontrada em *Spasic*.

Na sua opinião ao caso em apreço, o advogado-geral Niilo Jääskinen expressa um entendimento diferente do Tribunal, afirmando que “a condição de execução na sua aplicação generalizada não satisfaz o critério de proporcionalidade e não pode ser considerada uma restrição justificada do direito de não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez, na aceção do artigo 52.º da Carta” (ponto n.º 103 das conclusões do AG), invocando, para tal, três argumentos.

Um primeiro ligado ao princípio da confiança mútua dos EMs nos respetivos sistemas de justiça penal que, de resto, tem vindo a estar sistematicamente presente na jurisprudência do TJUE acerca da aplicação do *ne bis in idem* transnacional. Aquele princípio valeria, neste contexto, segundo o AG, tanto na hipótese de o motivo para intentar nova ação penal contra Z. Spasic residir na intenção de lhe ser aplicada uma pena mais severa do que aquela imposta pela justiça italiana, a fim de garantir uma proteção mais elevada à vítima, quer na circunstância de o Tribunal alemão pretender julgar novamente o arguido por entender que há um justo receio de que aquele goze de impunidade, não chegando a cumprir a pena na qual foi condenado em Itália. Cabe aos Estados aceitar as diferentes formas de resolução judicial, procurando evitar fazer juízos

²¹⁰ Em sentido convergente, B. VAN BOCKEL, cit. n.º [183], p. 28, afirmando o Autor que o facto de a condição de execução não ser encontrada na letra das disposições nacionais nem no artigo 4º do sétimo protocolo da CEDH, é um *pequeno passo* para desconsiderar a relevância daquela.

²¹¹ *Idem, ibidem*, p. 251.

²¹² Cf. M. POIARES MADURO, cit. n.º [185], p. 75.

quanto ao mérito das soluções encontradas nos outros Estados, uma vez que, como já foi repetido, o Direito da União Europeia, no seu estado atual, não exige a aproximação nem harmonização das soluções preconizadas nos ordenamentos jurídico-penais dos Estados-membros.

Em segundo lugar, é necessário atender ao facto de “o direito da União fornecer atualmente instrumentos jurídicos de direito derivado de natureza menos intrusiva, que são suscetíveis de permitir aos Estados-membros executarem as sanções penais no caso de o condenado se encontrar noutra Estado-membro, bem como trocarem informações a este respeito” (ponto n.º 100 das conclusões do AG).

Por último, “mesmo admitindo que o princípio segundo o qual «toda a pena deve ser cumprida» faz parte do Estado de Direito, (...) os Estados-Membros dispõem de um poder discricionário quanto aos meios a adotar para dar execução às decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais” (ponto n.º 102 das conclusões do AG).

No entanto, o AG ressalva três casos em que, na sua opinião, a condição de execução do artigo 54.º continua a ser pertinente²¹³: nos casos abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 4.º, n.º 2, do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, na hipótese de os Estados-membros estarem obrigados a punir determinados atos por força do direito internacional, bem como na hipótese de as medidas aplicáveis por força do direito da União não serem suficientes para impedir a impunidade (ponto n.º 126 das conclusões).

a) Do artigo 4.º, n.º 2 da CEDH

Quanto à primeira exceção admitida, parece-nos necessário apontar algumas notas: nos termos do artigo 4.º, n.º 2 do sétimo protocolo anexo à CEDH admite-se a reabertura do processo *se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afetar o resultado do julgamento*. Na opinião do AG, a proteção conferida pelo princípio *ne bis in idem* só operaria nos casos previstos no n.º 2, impedindo a reabertura do processo, se a condição de execução se verificasse. Daqui

²¹³ Não é, de resto, estranha esta abertura de exceções à manutenção da condição de execução, indo ao encontro da vigésima questão formulada pela Comissão no Livro Verde: “Considera que existem situações em que ainda seria necessário manter uma condição relativa à execução, e em caso afirmativo, quais são essas situações?”.

resulta que não se poderia reabrir um processo se, em caso de condenação, a sanção tivesse sido cumprida, estivesse em curso de execução ou já não pudesse ser executada. Logo, restaria um caso em que, segundo o AG, estar-se-ia em condições de reabrir um processo com base na descoberta de factos novos ou vícios fundamentais, ou seja, nos casos em que a proteção conferida pelo *ne bis in idem* na sua aceção restrita não se verificaria e efetivamente seria necessário ressaltar a questão da impunidade, ou seja, na circunstância de, tendo havido condenação, a sanção *ainda* não tivesse sido cumprida.

De acordo com o ponto 31 do Relatório Explicativo do Protocolo n.º 7, referente ao artigo 4.º n.º 2, a reabertura do processo acontece “quer em benefício da pessoa, quer em seu prejuízo”. Podemos daqui aferir que poder-se-á reabrir um processo no caso de uma decisão de absolvição do indivíduo, restando-nos, portanto, dois casos em que, na circunstância de serem revelados novos factos (que comportam, segundo o mesmo Relatório, a descoberta de novos meios de prova) ou um vício fundamental no processo, este poderá ser reaberto: nos casos em que, havendo condenação, a sanção ainda não tenha sido cumprida (por não operar o princípio *ne bis in idem*) e nos casos de absolvição.

Compreende-se facilmente a inclusão desta disposição na aplicação do princípio a nível interno, admitindo-se recurso de revisão (*propter nova*) a fim de existir um novo julgamento pelos mesmos factos a favor do arguido, quando tenha havido uma sentença condenatória injusta. Esta é, de resto, uma possibilidade de cunho constitucional no direito português (artigo 29.º, n.º 6 da CRP), estando regulada no artigo 499.º do CPP. E é perceptível que assim seja. O *ne bis in idem*, enquanto garante da segurança jurídica e da liberdade individuais, chocaria contra o seu próprio fundamento axiológico ao não permitir que uma pessoa, injustamente condenada, fosse novamente julgada a fim de ser restabelecida a verdade material e a justiça do caso.

Mas como se processam estas situações no plano transnacional? Se um arguido tiver restado absolvido ou condenado num Estado, poderá outro Estado invocar a existência de novos factos ou de vícios processuais para impedir a proibição do *bis in idem* e reabrir o processo? E em que termos se afigura necessária a manutenção da obrigação de que *a sanção tenha sido cumprida ou esteja actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão de condenação foi proferida*, para um Estado-membro ficar ou não impedido de julgar novamente uma pessoa nas situações previstas no artigo 4.º, n.º 2?

No processo *Nikitin c. Rússia*, resulta da interpretação do TEDH que o princípio *ne bis in idem* não impede a reabertura (revisão) do processo, nos casos previstos no n.º 2 do art.º 4.º do protocolo n.º 7, embora tal possibilidade não configure uma segunda ação penal, mas tão-só a continuação da primeira, como é afirmado pelo mesmo Tribunal em *Sergueï Zolutukhin c. Rússia*²¹⁴, pelo que a possibilidade de reabrir o processo com base em novas provas não é susceptível de afetar a definitividade das decisões.

Recentemente, o TJUE também teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão da possibilidade de reabertura de um processo caso surgissem novas provas depois de proferido um despacho de não pronúncia. No caso *M.*²¹⁵, respeitante a um cidadão italiano acusado de ter cometido um crime de agressão sexual contra um menor na Bélgica, o juiz de instrução criminal belga acabou por proferir um despacho de não pronúncia baseado na insuficiência de elementos probatórios para conduzir o arguido a julgamento. Paralelamente, em Itália, os mesmos factos estavam a ser investigados na sequência de uma queixa apresentada à polícia italiana, que resultou na acusação de *M.* pelo juiz de instrução criminal italiano. O Tribunale di Fermo, no entanto, foi confrontado com a invocação do princípio *ne bis in idem* por parte do arguido que nega a argumentação do Ministério Público baseada no facto de o despacho de não pronúncia não impedir a reabertura posterior do processo mediante a apresentação de novos elementos incriminatórios.

Na sequência deste caso, o Tribunal italiano colocou a seguinte questão prejudicial: “uma decisão definitiva de não pronúncia, proferida por um órgão jurisdicional de um Estado-membro da União Europeia signatário da CAAS, no termo de uma instrução exaustiva levada a cabo através de um inquérito efetuado no âmbito de um processo que pode ser reaberto mediante apresentação de novas provas, obsta à abertura ou ao prosseguimento de um processo instaurado pelos mesmos factos e contra a mesma pessoa noutro Estado contratante?” (ponto n.º 25).

Invocando a jurisprudência do TEDH já citada, o TJ começou por afirmar que a possibilidade de reabertura da instrução judicial em razão da existência de novos elementos incriminatórios, prevista na legislação belga nos artigos 247.º e 248.º do CIC, “não é um «recurso extraordinário», na aceção da referida jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mas implica a abertura excepcional, com base em elementos de prova

²¹⁴ Cf. ponto n.º 108.

²¹⁵ Processo n.º C-398/12. Acórdão de 5 de Junho de 2014.

diferentes, de um processo distinto, e não a simples continuação do processo já encerrado” (ponto n.º 40). Daqui resulta que um despacho de não pronúncia, ainda que admita a reabertura do processo com base no surgimento de novas provas, deve ser considerado uma decisão definitiva à luz do artigo 54.º da CAAS, embora a sua continuação não configure uma segunda ação, como precisa Vânia Costa Ramos²¹⁶.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça sublinhou um aspeto de suma importância, indo contra as conclusões do AG Niilo Jääskinen no acórdão *Spasic*, nos termos das quais “uma derrogação aplicável em conformidade com a CEDH a situações nacionais pode ser aplicada nas situações transfronteiriças que crescem, por força da Carta, ao âmbito de aplicação do direito fundamental *ne bis in idem*”²¹⁷. O TJUE afirmou que esta possibilidade de reabertura do processo só poderá ser exercida no Estado em cujo território o despacho de não pronúncia foi proferido, isto porque, de outra forma, não seria possível “verificar o carácter verdadeiramente novo dos elementos invocados para justificar uma reabertura” (ponto n.º 40 *in fine*).

b) Dos *core crimes*

Quanto ao segundo bloco de situações em que, na opinião do AG, continuaria a fazer sentido manter a condição de execução para a proibição *bis in idem* operar, é em relação aos crimes que os Estados, por força do direito internacional geral, estão obrigados a punir. São eles os crimes contra a humanidade, o genocídio e os crimes de guerra. De facto, parece-nos que o objetivo de impedir a impunidade das pessoas definitivamente condenadas pela prática desses crimes deve ser reforçado.

Em primeiro lugar, são estes crimes que definem a jurisdição *ratione materiae* do TPI²¹⁸, estando previstos no artigo 5.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, adotado por 120 Estados em 17 de julho de 1998. Atenta a sua própria natureza, definida no Preâmbulo deste documento, trata-se da “criminalização da

²¹⁶ Cf. V. COSTA RAMOS, cit. n.º [5], p. 221.

²¹⁷ Cf. conclusões do AG N. JÄÄSKINEN, ponto n.º 106.

²¹⁸ Na concretização dos principais aspetos do Estatuto, *vide* P. CAEIRO, “Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua”, *Direito e Cidadania* 5, 2003, n.º 18, p. 41-60.

barbárie”²¹⁹, ou seja, de infrações que afetam de forma intensa a comunidade internacional, chocando frontalmente contra a paz, a segurança e o bem-estar da Humanidade em geral.

Em segundo lugar, a imprescritibilidade destes crimes, decorrente do artigo 29.º do Estatuto de Roma, sem prejuízo das vozes críticas que a condenam²²⁰, revela a obrigação de responsabilização dos agentes do crime ao atribuir aos Estados o dever de exercer a sua jurisdição penal sob os mesmos a todo o tempo, a fim de evitar a impunidade. Recordemo-nos que a questão da imprescritibilidade nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, ao contrário do que sucede nos países da *common law*, excepciona a regra da prescrição penal cujos fundamentos estão intrinsecamente ligados aos limites ao *ius puniendi* dos Estados, bem como à própria justificação da intenção punitiva²²¹. No entanto, como elucida Pedro Gama da Silva²²², “a gravidade histórica dos crimes (que podem modificar, por vezes, o curso da história, destruir povos, aniquilar populações) dita necessidades acrescidas de prevenção geral, de modo que as razões justificativas da prescrição não têm aplicação aos crimes contra a humanidade”²²³. De qualquer forma, para o que aqui nos importa considerar, a necessidade acrescida de *judgar* e *punir* estes crimes, pode ser deduzida, entre outras razões, da sua não prescrição, pelo que a manutenção da condição de execução, apta a prosseguir o objetivo de impedir a impunidade²²⁴, parece ser de considerar nestes casos.

²¹⁹ A expressão é de J. CARRILLO SALCEDO, *La criminalizacion de la barbárie: la corte penal internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

²²⁰ Cf. J. LOPES DA MOTA, “Impunidade e direito à memória – a imprescritibilidade dos crimes contra a paz e a humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional”, *RMP*, ano 20, 1999, pp. 35 e 36 para quem o nosso sistema jurídico-constitucional, porque assente no princípio da necessidade, não admite crimes imprescritíveis.

²²¹ Neste sentido, A. VELLOSO, “A imprescritibilidade dos crimes internacionais”, *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. 1, Belo Horizonte, CEDIN, 2008, p. 11.

²²² Cf. P. GAMA DA SILVA, cit. n.º [166], p. 65.

²²³ Entre nós, a Lei n.º 31/2004, de 22 de Julho, designada “Lei penal relativa às violações do direito internacional humanitário”, foi adotada no sentido de compatibilizar a lei penal com o Estatuto do TPI, consagrando no art. 7.º do diploma anexo a imprescritibilidade dos designados “*core crimes*”.

²²⁴ Especificamente sobre a importância da impunidade para o TPI, J. MANUEL PUREZA, “Da cultura da impunidade à judicialização global: o Tribunal Penal Internacional”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 60, outubro, 2001.

c) Dos casos em que não é possível impedir a impunidade

A terceira exceção à desconsideração da parte final do art.º 54.º da CAAS, recairia nas hipóteses “em que, apesar da aplicação ou na falta de aplicação dos instrumentos menos intrusivos à disposição das autoridades de dois Estados-Membros envolvidos, o objetivo da União de impedir a impunidade corre o risco de ser frustrado em absoluto” (ponto 108 das conclusões). O AG não desenvolve esta hipótese, pelo que nos parece, à primeira vista, que a letra vaga e ampla da exceção conduziria a que a condição de execução continuasse a ser aplicada como impedimento de concretização plena do *ne bis in idem*.

Em conclusão, o Tribunal de Justiça, após o acórdão *Spasic*, pareceu alterar a interpretação do *ne bis in idem* para uma abordagem mais orientada para a segurança, em detrimento da liberdade ou antes virada para a punição, em prejuízo da proteção do indivíduo. A argumentação baseada na prerrogativa de evitar a impunidade, alcançando um *elevado nível de segurança*, deixa ainda dúvidas sobre uma possível reconfiguração do princípio da confiança mútua²²⁵ no seio da União Europeia. As douradas palavras de Castanheira Neves²²⁶, para quem a segurança “participa da intenção fundamental da justiça e não poderá prevalecer em caso de irreduzível conflito com esta”, parecem acertar em cheio. Encontramo-nos muitas vezes, como no caso *Boere* já citado, perante a escolha entre a liberdade e a restrição desta, e, aqui, não se poderá exigir menos do que uma decisão justa, aferida à luz da proteção mais ampla de um direito fundamental (ainda mais quando positivado na Carta). Não é, com certeza, por acaso que o *ne bis in idem* integra o capítulo VI da CDFUE, dedicado, precisamente, à Justiça²²⁷.

²²⁵ Neste sentido, S. SWOBODA, “The self-perception of the European Court of Justice and its neglect of the defense perspective in its preliminary rulings on judicial cooperation in criminal matters”, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2015, p. 368. A Autora chega a afirmar que o foco desmedido na segurança transformou o espaço de liberdade, segurança e justiça numa área coletiva de combate à impunidade.

²²⁶ Vide CASTANHEIRA NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (Extractos)*, p. 93.

3.1.2. A segunda questão prejudicial

A questão de saber se a condição de execução fica satisfeita com a execução de apenas uma parte da sentença, neste caso com o pagamento da pena de multa por Z. Spasic sem ter cumprido a pena privativa de liberdade, não encontra uma resposta fechada na letra do artigo 54.º da CAAS. Estará, neste caso, a pena já cumprida ou em curso de execução?

O Tribunal de Justiça, invocando jurisprudência anterior, designadamente o acórdão *van Esbroeck* (n.º 35), *Mantello* (n.º 38) e *Baláz* (n.º 26) recorda que os ordenamentos jurídico-penais dos Estados não foram objeto de harmonização nem de aproximação e, por isso, quando uma disposição da União não remeta para o direito desses Estados, deve ser objecto de uma interpretação uniforme e autónoma, em conformidade com o contexto e o objetivo a que se presta.

O TJUE veio a concluir que a execução de apenas uma parte da sentença não satisfaz a condição de execução em nenhuma das vertentes assinaladas (ponto n.º 85). Se, por um lado, não surpreende que o Tribunal entenda que uma execução parcial de uma pena com sanções compostas não possa ser considerada cumprida, já será de questionar se o cumprimento de uma das sanções não pode levar a intuir que a pena se encontra em curso de execução. Contudo, o Tribunal afirmou expressamente que “não se pode considerar que, pelo facto de a multa ter sido paga, a sanção esteja «atualmente em curso de execução», na aceção do artigo 54.º da CAAS” (ponto n.º 84). Assim, e pela segunda vez neste acórdão, o TJUE limita a proteção oferecida pelo *ne bis in idem* transnacional de forma eventualmente desproporcional. Senão atentemos na hipótese inversa, porventura mais elucidativa, ou seja, se a pena privativa da liberdade tivesse sido executada, mas a sanção pecuniária não tivesse sido cumprida. A sujeição do arguido a um novo julgamento não configuraria uma restrição excessiva ao direito fundamental consagrado no princípio *ne bis in idem*? E não estaria o objetivo de evitar a impunidade plenamente satisfeito com o cumprimento da pena de prisão?

4. As derrogações à aplicação do *ne bis in idem* transnacional – a pertinência atual do artigo 55.º da CAAS

Se até agora tratámos de restrições *implícitas* ao direito fundamental consagrado no artigo 50.º da Carta, surge agora o problema das derrogações explícitas àquele, expressamente previstas na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

O artigo 55.º da CAAS permite às Partes Contratantes, no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, declarar que não se encontram vinculadas ao artigo 54.º em três casos: quando os factos a que se refere a sentença estrangeira tenham ocorrido, no todo ou em parte, no seu território (alínea a)); quando esses factos constituam crime contra a segurança do Estado ou de outros interesses igualmente essenciais de uma Parte Contratante (alínea b)); quando tenham sido praticados por um funcionário de uma Parte Contratante em violação dos deveres do seu cargo (alínea c)). Mais uma vez, o Livro Verde da Comissão demonstrou ser visionário nas interrogações que formulou: a questão n.º 21 colocava a tónica nas exceções supracitadas, perguntando se se continuariam a justificar no atual quadro jurídico da UE. À época, a pertinência da questão recaía no facto de o acervo de Schengen ter sido integrado na União Europeia, a partir da entrada em vigor do Tratado de Amsterdão. Hoje, à luz da força jurídica adquirida pela Carta e com a exclusão das referidas exceções do texto do artigo 50.º, torna-se mais premente saber se as reservas adotadas pelos Estados continuam válidas e se as limitações ao princípio *ne bis in idem* que daquelas resultam são compatíveis com o estado atual do direito da União.

A coexistência dos diplomas no espaço de liberdade, segurança e justiça reclama novamente a necessidade de uma interpretação uniforme. Em relação a esta problemática, o *Tribunale di Milano*²²⁸ pronunciou-se quanto ao efeito atual da declaração feita por Itália à luz da alínea a) do artigo 55.º da CAAS. O caso *sub judice* era o seguinte: dois arguidos, de nacionalidade alemã, acusados de terem cometido um homicídio em Itália no final dos anos 80, tinham sido condenados a 5 anos e 6 meses de prisão na Alemanha por esses factos, pena que efetivamente cumpriram. No entanto, face à cláusula de territorialidade assinada por Itália aquando da ratificação da CAAS, os indivíduos estavam a ser sujeitos a novo procedimento criminal pelos mesmos factos, dado o crime ter sido cometido em solo italiano.

²²⁸ Acórdão do *Tribunale di Milano*, de 6 de Julho de 2011. Caso comentado por J. VERVAELE, cit. n.º [72], p. 225 e G. GIACOMELLI, cit. n.º [39], p. 51.

Tomando em consideração o fundamento do *ne bis in idem* no plano transnacional, enquanto guardião da liberdade de circulação de pessoas dentro do espaço europeu, e face à letra e axiologia do artigo 50.º da CDFUE e do artigo 6.º do TUE, o juiz italiano decidiu não conduzir os arguidos a julgamento. No aresto do Tribunal de Milão pode ler-se que a Carta, porque dotada de força vinculativa e erigida à categoria de direito primário da União, deve prevalecer sobre a norma da CAAS, pelo que as derrogações ao princípio *ne bis in idem*, porque não previstas na Carta, não devem mais poder ser invocadas²²⁹. Vervaele²³⁰ fala de uma “oportunidade perdida” em relação ao caso em apreço, no sentido em que, se o Tribunal italiano tivesse submetido a questão ao TJUE, teríamos hoje uma resposta sobre a validade das referidas declarações.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Grego²³¹ também teve oportunidade de se pronunciar sobre a exceção aposta pelo Governo da Grécia à aplicação do *ne bis in idem* da CAAS, na esteira do mesmo artigo 55.º. Ao ratificar a Convenção, a República Helénica declarou não aplicar o princípio contido no artigo 54.º nas situações previstas nas três alíneas do artigo 55.º da CAAS²³², especificando, em relação à alínea b) que, entre outros, excluía do âmbito de proteção daquela norma os crimes relativos ao tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. No caso em apreço, o *Areios Pagos* sustentou²³³, na mesma linha da jurisprudência vertida pelo tribunal italiano, que as declarações feitas ao abrigo da norma da CAAS são inválidas em virtude de o artigo 50.º da Carta ser diretamente aplicável aos Estados desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e da força jurídica atribuída à CDFUE, abolindo, conseqüentemente, a vigência da referida derrogação.

Recentemente, o Tribunal de Justiça foi finalmente confrontado com a questão da validade das derrogações feitas pelos Estados ao abrigo do artigo 55.º da CAAS. No caso *Kossowski*²³⁴, o Tribunal Regional Superior de Hamburgo questionou (ponto n.º 23) diretamente o TJUE sobre se se mantêm em vigor as reservas formuladas pelas Partes

²²⁹ Cf. G. GIACOMELLI, cit. anterior, p. 51.

²³⁰ Cf. J. VERVAELE, cit. n.º [72], p. 226.

²³¹ Acórdão n.º 1/2011 do Supremo Tribunal Grego (*Areios Pagos*). Disponível em: http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=72E3JLG8KG782QGGJ2CHUC7WPL5BUI&apof=1_2011&info=%D0%CF%C9%CD%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%CF%CB%CF%CC%C5%CB%C5%C9%C1

²³² Assim, J. VERVAELE, cit. n.º [72], p. 226.

²³³ *Idem, ibidem.*

²³⁴ Processo n.º C-486/14. Acórdão de 26 de junho de 2016.

Contratantes, nos termos do artigo 55.º, n.º 1, alínea a) da CAAS e se essas exceções constituem restrições proporcionais ao artigo 50.º da Carta.

Se grande era a expectativa, maior foi a desilusão com a (ausência) de resposta do Tribunal. Escudando-se na segunda questão formulada pelo tribunal alemão, nomeadamente a de saber se constitui uma decisão definitiva, à luz de uma leitura conjugada do artigo 54.º da CAAS e do artigo 50.º da CDFUE, “uma decisão do Ministério Público de arquivamento dos procedimentos criminais sem a fixação de obrigações e sem que tivesse sido levado a cabo uma instrução exaustiva, por razões de facto, isto é, por não haver suspeitas fundadas da prática de um crime e porque o processo só pode ser reaberto em caso de conhecimento de factos supervenientes relevantes” (ponto n.º 24), o Tribunal acabou por só dar resposta a esta questão prejudicial, invocando que “uma vez que a questão da eventual aplicabilidade da exceção à regra *ne bis in idem* constante do artigo 55.º, n.º 1, alínea a), da CAAS apenas se coloca se, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, uma pessoa tiver sido definitivamente julgada, no sentido do artigo 54.º da CAAS, sendo então a referida regra aplicável, deve responder-se a essa questão” (ponto n.º 30), concluindo, no ponto n.º 55 que, tendo em conta a resposta dada àquela segunda questão, não havia que responder à primeira.

Contudo, o AG Yves Bot²³⁵, nas suas conclusões ao presente caso, forneceu uma resposta efetiva à questão suscitada. Em primeiro lugar, o AG começa por afirmar que a reserva prevista no artigo 55.º, n.º 1, al.ª a) da CAAS não se tornou obsoleta pelo simples facto de o acervo de Schengen ter sido integrado no direito da União Europeia. Sendo assim, o que importa compreender é se, tendo por horizonte os desenvolvimentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça e o texto da Carta, as referidas reservas não estão feridas de invalidade ou se, por outras palavras, são compatíveis com o espaço de liberdade, segurança e justiça (ponto n.º 35).

Partilhamos da opinião do AG nesta matéria. O *ne bis in idem* transnacional, ancorado no princípio do reconhecimento mútuo, além da garantia primária que lhe está associada desde a antiguidade romana, de proteção do cidadão face ao poder punitivo, tem hoje a prerrogativa de salvaguardar a liberdade de circulação de pessoas e garantir a efetiva concretização da cidadania europeia e a criação de um espaço comum de justiça. Tais considerações levam-nos à conclusão de que a reserva do artigo 55.º esvazia o conteúdo do

²³⁵ Cf. conclusões apresentadas pelo AG Y. BOT ao presente caso, em 15 de dezembro de 2015.

princípio *ne bis in idem*²³⁶, não respeitando o núcleo essencial do direito que restringe. De facto, tentar encontrar um “interesse superior” por detrás das referidas reservas revela-se uma tarefa paradoxal por duas ordens de razões.

Por um lado, o acervo de Schengen em que se encontravam inseridas as referidas reservas proclama como objetivo “a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça”, por isso, e para tanto, estando criado o referido espaço, não podemos continuar a aceitar que, em prejuízo do seu desenvolvimento, se mantenham válidas e intocáveis as citadas exceções que mais não fazem se não contrariar essa evolução.

Por outro lado, a construção jurisprudencial do princípio *ne bis in idem* tem alcançado um nível de coerência assinalável, sobretudo dentro de uma União que não pressupõe a harmonização das legislações complexas e, não raras vezes, contraditórias que a compõem. Num tal estado de coisas, seria incompreensível continuar a aceitar-se que um Estado, invocando o princípio da territorialidade, impedisse que um princípio, elevado a direito fundamental, pudesse ser afastado pelo simples motivo de o facto ter sido cometido em todo ou em parte no seu território²³⁷.

Em relação ao último ponto, o Governo alemão colocou o seguinte cenário nas suas alegações: um indivíduo de nacionalidade estrangeira comete na Alemanha um crime de violência inspirado na apologia ao nazismo, sendo posteriormente condenado no seu país de origem, de acordo com uma lei que ignora o móbil do crime e o específico desvalor de tal conduta no local concreto em que foi cometido²³⁸.

O AG relembra²³⁹, em resposta ao argumento invocado pelo Governo alemão, que o Tribunal já se pronunciou em vários casos sobre a interpretação a ser dada ao elemento “*idem*”, pelo que basta atender à factualidade típica do ato para concluir se estamos ou não perante dois factos distintos. Isto significa que, estando a conduta ilícita definitivamente julgada num Estado, o Estado que formulou as reservas não tem já qualquer pretensão válida a reivindicar. Isto porque, independentemente do grau de perturbação que um determinado crime possa causar na ordem pública interna dos Estados, os interesses a proteger, bem como a qualificação jurídica das infrações foram afastados pelo Tribunal na construção do princípio *ne bis in idem* transnacional pelas razões já enunciadas em acórdãos anteriores.

²³⁶ Ponto n.º 48 das conclusões do AG Y. BOT.

²³⁷ Neste sentido, J. VERVAELE, cit. n.º [72], p. 229.

²³⁸ Vide ponto n.º 59 das conclusões do AG.

²³⁹ Numa argumentação extensiva sobre o assunto, cit. anterior: pontos n.ºs 53 a 64.

Pelo exposto, há que concluir, na linha argumentativa do AG Yves Bot que as reservas formuladas ao abrigo do artigo 55.º, n.º 1, alínea a) da CAAS devem ser consideradas inválidas no atual quadro jurídico da União Europeia.

Resta saber se as restantes alíneas da norma se encontram feridas da mesma incompatibilidade com o texto da Carta e com o espírito do princípio. Parece-nos que sim. Colhendo a conclusão de Anne Weyembergh e Inés Armada²⁴⁰, as derrogações ao princípio *ne bis in idem* ora em apreço, dão preferência aos interesses individuais dos Estados, cujo múnus recai, invariavelmente, na manutenção da soberania penal nacional, em detrimento da proteção de direitos fundamentais transversais aos vários ordenamentos jurídicos, o que é indubitavelmente inaceitável na construção de uma área comum de justiça criminal.

5. Direito penal *versus* Direito Administrativo – há violação do *ne bis in idem* por imposição de sanções de natureza diversa?

Outra das questões em torno das quais se tem desenvolvido a jurisprudência dos tribunais de Estrasburgo e do Luxemburgo é na definição do domínio jurídico em que se inserem as “infrações” ou os “delitos” a que se referem, respetivamente, os textos da Convenção Europeia de Direitos do Homem e da Carta. Apesar de ambos os diplomas se referirem ao processo penal²⁴¹ importa clarificar qual a natureza das ofensas em apreço, concretamente descortinar se a qualificação das mesmas recai ou não no âmbito criminal.

A crescente autonomia e importância conferida ao Direito Administrativo Sancionador, sobretudo nos domínios do direito fiscal, das políticas ambientais e da segurança pública, e o fenómeno de sobreposição com o Direito Penal têm vindo a reclamar estudos aprofundados sobre o tema. A recente atribuição de *vida própria* a este ramo do direito, a partir de movimentos de descriminalização²⁴², tem levado o legislador,

²⁴⁰ Cf. A. WEYEMBERGH/I. ARMADA, cit. n.º [96], p. 208.

²⁴¹ Vide, artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da CEDH – “ninguém pode ser penalmente julgado ou punido”; artigo 50.º da CDFUE – “ninguém pode ser julgado ou punido penalmente”.

²⁴² Para J. FIGUEIREDO DIAS, trata-se de uma descriminalização em sentido estrito ou técnico, enquanto desqualificação de uma conduta como crime, distinta, portanto, da descriminalização de facto, “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, 1983, pp. 315-336. Em sentido oposto, há Autores que falam de uma despenalização na transferência do ilícito penal

tendo em vista a salvaguarda do mesmo interesse jurídico-social, a descrever a mesma conduta de forma idêntica em ambos os ramos de direito, conduzindo a que o enquadramento jurídico do facto recaia simultaneamente no âmbito do Direito Penal e do Direito Administrativo punitivo²⁴³, culminando numa proliferação de infrações e sanções sobre a mesma realidade. Esta dispersão na tutela de factos análogos aliada à multiplicidade de entidades competentes para aplicar sanções de natureza dúbia são evidentemente fatores que potenciam a insegurança jurídica. Com efeito, a necessidade de identificar e classificar o campo normativo em que recai cada uma das sanções, representa um desafiante exercício na definição dos limites daqueles dois ramos do Direito.

Não obstante o *ne bis in idem* versar entre os princípios fundamentais do Direito Administrativo Sancionador²⁴⁴, sendo hoje consensual que, no plano interno, a sua proteção se estende a todos os ramos de direito²⁴⁵ perante a cumulação de sanções idênticas, o mesmo princípio também serve de argumento contra a política legislativa que tem vindo a potenciar a previsão de sanções criminais e contraordenacionais para a mesma conduta, invocando-se o risco acentuado de dupla punição ou condenação pelos mesmos factos para obviar às razões, essencialmente de cariz pragmático, a favor daquela sobreposição²⁴⁶.

No horizonte oferecido por esta interceção disciplinar, trataremos de duas dimensões do problema por referência ao objeto de estudo que aqui modestamente desenvolvemos, procurando encontrar, em primeiro lugar, o critério aferidor da noção de processo penal para assim logarmos compreender quando é que o princípio *ne bis in idem* pode operar. Em segundo lugar, caber-nos-á responder à questão de saber se dentro do escopo de proteção do princípio podem ser abraçadas as situações em que um indivíduo é simultaneamente punido por uma sanção criminal e administrativa dentro da União

para a esfera administrativa - vide ALEXANDRA VILELA, *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra Editora, 2013, p. 157-158.

²⁴³ Neste sentido, I. FERREIRA LEITE, “A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional”, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 29.

²⁴⁴ *Idem, ibidem*, pp. 52 a 54.

²⁴⁵ Vide, Acórdão do TC n.º 306/2003, de 25 de junho, ponto 13: “Este princípio – que a CRP consagra de forma expressa apenas no âmbito criminal (artigo 29.º, n.º 5), mas cuja aplicação a outros domínios sancionatórios se poderá fundar noutras normas e princípios constitucionais, desde logo os da certeza e segurança jurídicas, ínsitos no princípio do Estado de Direito (...)”.

²⁴⁶ Cf. I. FERREIRA LEITE, cit. n.º [240], p. 32.

Europeia, isto tendo em consideração que, em alguns Estados-membros, o cidadão se encontra protegido contra esta dupla condenação²⁴⁷.

No ponto dedicado à natureza material ou processual do princípio *ne bis in idem* defendemos, com o devido apoio doutrinal, que o que se proibia era a interposição de mais do que uma ação ao mesmo indivíduo pelos mesmos factos. Retomamos aqui a questão: a circunstância de um agente ser alvo de uma duplicidade de processos sobre os mesmos factos, embora de natureza distinta, entra no âmbito de proteção do princípio em apreço?

Tanto o TEDH como o TJUE têm desenvolvido os dois tópicos que enunciámos, deixando aos tribunais nacionais a tarefa de compatibilizar o sistema interno com a exigência de respeito pelos direitos fundamentais vertidos na Convenção e na Carta. É, mais uma vez, patente a triangulação jurisdicional a que temos vindo a fazer alusão na jornada até aqui encetada, embora na problemática ora debatida, como veremos, as tensões, quer de cariz individual como colectivo, revelar-se-ão mais evidentes.

5.1. A noção de “conduta criminal” para o TEDH

Parece inegável que distinguir e relacionar conceitualmente o ilícito administrativo do ilícito penal se reveste da mais aguda dificuldade, importando-nos, por isso, começar por concretizar que tipo de condutas entram, efetivamente, no âmbito criminal.

Uma abordagem preliminar à noção de “acusação em matéria penal” foi encetada pela primeira vez em 1976 no caso *Engel e outros c. Holanda*²⁴⁸, no qual o TEDH curou de estabelecer três critérios para a determinação do conceito de acusação criminal, na aceção do artigo 6.º, n.º 1 da Convenção.

Os “critérios Engel”, designação atribuída à corrente jurisprudencial construída a partir do citado acórdão, exige, em primeiro lugar, que se atenda à classificação da ofensa no ordenamento jurídico interno, determinando, para o efeito, se a disposição que a define pertence ao direito penal do Estado demandado. Em segundo lugar, importa descortinar a natureza da ofensa e, por último, o grau de severidade da sanção em que o agente incorre.

²⁴⁷ Cf. J. VERVAELE, cit. n.º [72], p. 212.

²⁴⁸ Pedidos n.ºs 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72. O Acórdão, datado de 8 de junho de 1976, especifica os referidos critérios no ponto 82.

Prestigiando o padrão hermenêutico de aplicação da expressão supra referida, o TEDH recorreu por diversas ocasiões aos critérios explanados para decidir, entre outros, sobre a violação do direito a um processo equitativo²⁴⁹, vertido no artigo 6.º da CEDH, designadamente nos acórdãos que analisaremos *infra*. A importância da referida jurisprudência para aferir sobre a violação do *ne bis in idem* da Convenção fica clarificada se nos detivermos no parágrafo 48 do acórdão *Göktan c. França*, no qual o tribunal gizou que “a noção de sanção não poderá ter significados diferentes ao abrigo das diferentes disposições da Convenção”²⁵⁰. Este entendimento viria a ser corroborado no acórdão *Sergey Zolotukhin c. Rússia*, resultando, *expressis verbis* do ponto 52, que “a noção de ‘procedimento penal’ no texto do artigo 4.º do Protocolo n.º 7 deve ser interpretado à luz dos princípios gerais relativos aos termos correspondentes a ‘acusação criminal’ e ‘penalização’ dos artigos 6.º e 7.º da Convenção, respetivamente”, construídos a partir dos “critérios Engel”.

Importa-nos portanto, antes de navegarmos nas águas turbulentas de aplicação do *ne bis in idem* na problemática maior ora debatida, adensar as orientações supra vertidas. Se o primeiro critério não oferece grandes dúvidas²⁵¹, conquanto uma ofensa classificada como criminal no âmbito do direito nacional, sê-lo-á também para efeitos da CEDH, já o segundo e terceiro critérios carecem do cabal aprofundamento que resultou das decisões jurisprudenciais do Tribunal de Estrasburgo. No acórdão *Sergey Zolotukhin c. Rússia* os juízes afastaram a existência de qualquer ordem hierárquica ou de cumulação entre os critérios, estabelecendo, no ponto 53, que o segundo e terceiro critérios são alternativos e não necessariamente cumulativos. Não obstante, ressaltam que tal “não exclui uma abordagem cumulativa onde a análise separada de cada um dos critérios não permita chegar a uma conclusão clara quanto à existência de uma infração penal”.

²⁴⁹ Para uma visão sistematizada sobre o assunto, F. NOVERSSA LOUREIRO/P. MIGUEL FREITAS, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: comentada*, coord.: A. SILVEIRA/M. CANOTILHO, Almedina, 2013, p. 521.

²⁵⁰ Deste modo se justifica que os processos que implicam sobretaxas fiscais sejam classificados como “penais” quer para efeitos do artigo 6.º da CEDH, quer para fazer operar a proteção *ne bis in idem* da Convenção. *Vide* os exemplos citados pela Corte em *Rosenquist c. Suécia* (pedido n.º 60619/00, acórdão de 14/09/2004), designadamente os acórdãos de 23/07/2002: *Janosevic c. Suécia* (pedido n.º 34619/97, pontos 68-71) e *Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Suécia* (pedido n.º 36985/97, pontos 79-82).

²⁵¹ Para N. NEAGU trata-se de um critério de “peso relativo” atendendo à pouca relevância que a jurisprudência lhe tem dado na resolução dos casos concretos, “The Ne Bis in Idem Principle in the Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation”, *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 960.

Na aplicação do segundo critério, revestem-se de especial importância os arestos dos casos *Demicoli c. Malta*²⁵², *Öztiirk c. Alemanha*²⁵³ e *Grande Stevens c. Italia*²⁵⁴, sendo este último de decisiva importância para a temática dissecada no presente capítulo.

O TEDH privilegiou uma visão bastante ampla na aferição da natureza criminal das disposições aplicáveis. Preliminarmente, resulta do exercício da função judicativo-decisória na aplicação da Convenção que, sempre que estejam em causa direitos fundamentais previstos naquele diploma, os Estados perdem a liberdade de definir se uma sanção pertence à esfera criminal ou administrativa²⁵⁵. Cumpre dar conta de que, na concretização do segundo critério, os juízes socorreram-se de diversos argumentos para sustentarem a natureza criminal ou disciplinar dos comportamentos *sub judice*, não sendo, por isso, possível lapidar um critério uno de aplicação generalizada.

No caso *Demicoli c. Malta*²⁵⁶, o TEDH esgrimiou dois argumentos distintos, embora complementares, para aferir a esfera onde se encontraria a conduta. Desde logo, atendeu à aplicação *ratione personae* da disposição, examinando se a norma podia ser aplicada à generalidade dos indivíduos ou se, contrariamente, teria sido pensada para atender a qualidades específicas de determinadas pessoas, designadamente dos cargos profissionais que ocupam.

Carmel Demicoli, deputado na República de Malta e simultaneamente editor de um jornal satírico, tendo sofrido uma sanção disciplinar por “violação de privilégio” ao publicar uma sátira a um debate ocorrido na Câmara dos Representantes, alegou que o processo interposto contra si continha uma acusação de natureza criminal e, por isso, deveria ter tido direito, nos termos do artigo 6.º da CEDH “a uma audiência justa e pública (...) por um tribunal independente e imparcial”. O Governo de Malta alegou que a conduta de difamação no caso concreto era considerada como infração disciplinar, tendo em consideração que a “violação de privilégio” decorria do específico exercício de funções desempenhadas pelo recorrente (ponto n.º 30). O Tribunal, por sua vez, reiterou que a classificação conferida pelo direito nacional à conduta respetiva não era vinculativa para efeitos de aplicação da Convenção e que o cargo político ocupado pelo requerente não

²⁵² Pedido n.º 13057/87. Acórdão de 27 de agosto de 1991.

²⁵³ Pedido n.º 8544/79. Acórdão de 21 de fevereiro de 1984.

²⁵⁴ Pedido n.º 18640/10. Acórdão de 4 de março de 2014.

²⁵⁵ Neste sentido, P. BURNIER DA SILVEIRA, “O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência”, *RDC*, vol. 2, n.º 2, novembro 2014, p. 16.

²⁵⁶ Em relação ao caso em apreço, B. VAN BOCKEL, cit. n.º [183], p. 41.

pode, *per se*, determinar que estejamos dentro da esfera do direito disciplinar, uma vez que a mesma conduta poderia ser sancionada, à luz do direito penal de Malta, em relação a qualquer pessoa, independentemente da profissão exercida (ponto n.º 33).

Em *Öztürk c. Alemanha*, o requerente alegava a violação do artigo 6.º, n.º 1, al.ª e) da CEDH que integra, dentro das garantias *mínimas* do acusado, o direito de “fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo”. *Öztürk*, cidadão turco, embora residente na Alemanha, condenado a uma sanção administrativa decorrente do cometimento de uma infração rodoviária à luz do ordenamento jurídico alemão, contestou a natureza da conduta subjacente à penalização imposta, invocando o seu carácter criminal para assim defender a violação do referido preceito e poder, conseqüentemente, ser ressarcido do encargo pago ao intérprete.

O Tribunal começou por sustentar que os movimentos de descriminalização levados a cabo pelos Estados, designadamente no terreno das ofensas rodoviárias, prosseguem propósitos positivos que se reconduzem à concretização da adequada administração da justiça, aliviando as autoridades de perseguir e punir comportamentos bagatelares (ponto n.º 49). No entanto, se os Estados tivessem o poder arbitrário de definir se uma conduta tem natureza administrativa em vez de criminal e pudessem fazer valer esse entendimento na interpretação dos direitos fundamentais previstos na Convenção, o objeto e âmbito de aplicação desta sairiam amplamente prejudicados. Assim, aplicando *mutatis mutandis* os critérios definidos em *Engel e outros c. Holanda*, os juízes gizaram o carácter autónomo da noção de “conduta criminal”, socorrendo-se, desta vez, da classificação da conduta noutros Estados para justificarem que, em prejuízo da natureza administrativa defendida pelo Governo alemão, à luz de outros ordenamentos jurídicos a mesma conduta era punida dentro da esfera criminal²⁵⁷.

No caso *Grande Stevens c. Italia* o Tribunal foi questionado, mais uma vez, sobre a violação do artigo 6º da Convenção, mas também do princípio *ne bis in idem* do artigo 4.º do 7.º protocolo adicional à CEDH, começando por ser apreciada a questão da natureza da

²⁵⁷ Assim exortaram os juízes no ponto n.º 53, 3º parágrafo: “Além disso, a conduta praticada pelo Sr. Öztürk continua a ser classificada à luz da lei penal da maioria dos Estados Contratantes, tal como era na República Federal da Alemanha até à entrada em vigor da reforma legislativa de 1968/1975; Nesses Estados, a conduta do recorrente, sendo considerada ilegal e censurável, é punida com sanções criminais”. Continuando, no parágrafo 5º: “Alguns Estados Contratantes ainda estabelecem uma distinção entre as infrações mais graves (crimes), as infrações menores (delitos) e os delitos menores (contraordenações), ao mesmo tempo que as qualificam como ofensas criminais”. (Tradução livre).

conduta em apreço. Em causa estavam infrações integrantes das chamadas manipulações de mercado, classificadas como “administrativas” à luz do Decreto-Lei italiano n.º 58 de 1998. O Tribunal começou por defender que as disposições em apreço se “destinavam a garantir a integridade dos mercados financeiros e manter a confiança do público na segurança das transações” (ponto n.º 96), reconduzindo a teleologia das normas à prerrogativa de alcançar o aclamado “interesse geral da sociedade”. Ora – continua o aresto – estes interesses são salvaguardados ao abrigo do direito criminal e, por isso, a natureza do referido processo extravasa o âmbito administrativo.

Em suma, como pudemos atestar a partir dos apartados precedentes, a noção de ofensa criminal à luz do segundo critério abarca, entre outros, a aplicação *ratione personae* conjugada com o carácter geral ou específico das normas em apreço, bem como a gravidade da conduta, a classificação à luz dos ordenamentos jurídicos dos restantes Estados e a teleologia dos preceitos legislativos.

Relativamente ao terceiro critério, Van Bockel²⁵⁸ alerta para a circunstância de o Tribunal ainda não ter definido o “limite mínimo” de severidade a partir do qual a sanção poderá ser considerada criminal. Esta “lacuna” jurisprudencial conjugada com a desnecessidade de cumulação de ambos os critérios conduzem, segundo o Autor, a que, na prática, o terceiro postulado oblitere a aplicação do segundo, pelo seu carácter infinitamente amplo e indefinido. De facto, uma breve passagem pelas decisões do TEDH permite apurar que a jurisprudência tem inserido no âmbito criminal não apenas sanções privativas da liberdade, mas também algumas sanções pecuniárias de carácter manifestamente modesto²⁵⁹.

Destarte, quanto à concretização do aludido critério, apontam-se como de indispensável leitura os acórdãos *Nilsson c. Suécia*²⁶⁰, *Matyjek c. Polónia*²⁶¹ e *Knut Haarvig c. Noruega*²⁶².

No acórdão *Nilsson c. Suécia*, o recorrente, cidadão sueco, foi detido, em novembro de 1998, por suspeita de condução sob efeito de álcool e condução ilegal. Em dezembro do mesmo ano, Christoffer Nilsson obteve a carta de condução. Em junho de 1999, o arguido

²⁵⁸ Cf. B. VAN BOCKEL, cit. n.º [183], p. 41.

²⁵⁹ Como concretiza o tribunal em *Ruotsalainen c. Finlândia* (pedido n.º 13079/03, acórdão de 16/06/2009, parágrafo 43, “a relativa falta de gravidade da sanção não pode afastar o carácter intrinsecamente criminal da ofensa”).

²⁶⁰ Pedido n.º 73661/01. Decisão de inadmissibilidade data de 13 de dezembro de 2005.

²⁶¹ Pedido n.º 38184/03. Acórdão de 24 de abril de 2007.

²⁶² Pedido n.º 11187/05. Acórdão de 11 de dezembro de 2007.

foi condenado a cumprir serviço comunitário pelo crime de condução sob efeito de álcool e em agosto do mesmo ano a autoridade administrativa retirou-lhe a carta de condução. O recorrente alegou junto do TEDH a violação do princípio *ne bis in idem* por entender que houve duplicação de processos penais sobre os mesmos factos. Os juízes começaram por interpretar a noção de “conduta criminal” no caso *sub judice*, atendendo ao terceiro critério vertido na jurisprudência *Engel e outros c. Holanda*, daí concluindo que, uma vez que a apreensão da carta de condução pela autoridade administrativa sueca ocorreu passados 8 meses da infração, esta penalização não pode servir apenas os propósitos alegados por aquela, designadamente de “prevenção e dissuasão para a proteção da segurança dos utentes da estrada” (ponto 35). O Tribunal entendeu que esta medida serviu finalidades retribucionistas e, devida a essa incumbência da sanção, estamos perante uma questão “criminal”.

Em *Matyjek c. Polónia* o TEDH sustentou que a sanção que se consubstancia na proibição de exercer cargos públicos durante o período de 10 anos, com a subsequente demissão da pessoa do cargo de deputado, embora sem a imposição adicional de qualquer outra penalização privativa da liberdade ou pecuniária, encerra uma pretensão punitiva e, por isso, integra o âmbito criminal. Este caso²⁶³ refere-se aos designados processos de *lustratio*²⁶⁴, destinados a expor pessoas que trabalharam ou colaboraram com os serviços de segurança dos Estados durante o regime comunista. Ao abrigo da Lei de “lustração” de 1997 da Polónia, os funcionários públicos eram obrigados a revelar se tinham colaborado com os serviços secretos entre 1944 e 1990. Matyjek fez uma declaração negativa a este respeito. No entanto, após a descoberta da sua colaboração com o anterior regime, o recorrente viu os seus direitos políticos (tendo sido impedido de se candidatar a eleições) e de acesso à profissão amplamente restringidos. Invocando junto do TEDH a violação do direito a um processo justo e equitativo, nos termos do artigo 6.º da Convenção, o requerente alegou dificuldades de defesa decorrentes do carácter secreto do processo e da confidencialidade dos documentos que nele constavam.

A fim de determinar a existência de violação do direito previsto na Convenção, o Tribunal salientou o grau de severidade das sanções impostas, na decisão de

²⁶³ Resumidamente descrito no Comunicado de Imprensa do TEDH de 24/04/2007, disponível em: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1121873&Site=COE&direct=true>

²⁶⁴ Significa à letra, “purificação pelo sacrifício”. Na Europa central e de leste, após a mudança de regime, vários foram os países que adotaram medidas ao abrigo destes processos para impedir os indivíduos identificados de terem acesso a cargos públicos.

admissibilidade do recurso, de 30 de maio de 2006, afirmando que a sanção em causa tinha um carácter punitivo, uma vez que “a proibição de exercer determinadas profissões (políticas ou jurídicas) durante um longo período de tempo pode ter um impacto muito grave numa pessoa, privando-a da possibilidade de prosseguir a sua vida profissional” (ponto 55).

Por sua vez, em *Knut Haarvig c. Noruega*, o recorrente também invocou a violação do artigo 4.º do sétimo protocolo adicional à Convenção. No entanto, o TEDH sustentou que o caso não obedecia ao terceiro critério destinado a interpretar o termo de “acusação criminal”, por considerar que a sanção que se traduz na suspensão temporária de uma licença profissional médica²⁶⁵ não encerra qualquer pretensão punitiva, mas prossegue apenas finalidades preventivas, designadamente de evitar que no futuro o profissional “cause danos aos seus pacientes ou quebre a confiança do público”, aspeto que se julga estritamente necessário para o exercício da profissão em causa (parágrafo 8.º das considerações do Tribunal).

Encerrado este périplo pelas decisões do TEDH na concretização do conceito de “acusação criminal”, verificámos que basta a existência de um resíduo de poder punitivo para ocorrer a subsunção da conduta ao Direito Penal. Cumpre-nos agora analisar a extensão da corrente jurisprudencial dos “critérios Engel” aos casos que contendem com a aplicação do *ne bis in idem*, com a certeza preliminar de que deste exercício resultarão consequências explícitas para o entendimento do princípio nos ordenamentos jurídicos nacionais. Para tal elegemos quatro casos paradigmáticos²⁶⁶, o primeiro par do TEDH e o segundo do TJUE, para atestarmos o ponto de situação do problema enunciado no início do capítulo. Contamos ficar suficientemente munidos, após a análise da jurisprudência ancorada nas leituras reflexivas da doutrina acerca do fenómeno jurídico ora perscrutado, a tecer as devidas considerações sobre a coexistência de um procedimento administrativo e outro de natureza penal para efeitos de *ne bis in idem*, sobrepesando os valores e interesses em diálogo.

²⁶⁵ Atente-se que, neste caso, apesar de também estar em causa o exercício de uma profissão específica como em *Demicoli c. Malta*, em relação ao critério da natureza da conduta, o princípio de aplicação generalizada da norma que condena o comportamento ilícito, não procede, visto tratar-se de uma norma restritivamente aplicável aos profissionais médicos.

²⁶⁶ Casos estes que, como teremos oportunidade de atestar, têm vindo a ser amplamente discutidos na doutrina.

5.2. A posição do TEDH: os casos *Grande Stevens c. Itália* e *Kiiveri c. Finlândia*

A jurisprudência que resultou do caso *Grande Stevens c. Itália* levantou diversas questões à doutrina constitucional e penal italiana²⁶⁷ ao mesmo tempo que constituiu um marco indelével na “europeização” do princípio *ne bis in idem*.

Começemos por enunciar os factos. O presente caso envolve a sociedade familiar Giovanni Agnelli & C. detentora da sociedade de investimento Exor S.p.A., que por sua vez é acionista maioritária da empresa *Fabbrica Italiana Automobili Torino* (FIAT). Em 2002, a FIAT celebrou um contrato de financiamento com oito instituições bancárias. O contrato previa que o prazo para reembolso do empréstimo findaria em 20 de setembro de 2005 e que, em caso de incumprimento, os bancos poderiam compensar o seu crédito com o aumento do capital social da FIAT, através da subscrição de novas ações. Perante esta possibilidade, pretendendo evitar a perda do controlo acionário da FIAT, Gianluigi Gabetti consulta o seu mandatário, Franzo Grande Stevens. Este propõe-lhe a renegociação de um outro contrato com o banco Merrill Lynch International Ltd, por forma a encontrar o financiamento necessário para o pagamento do crédito.

Em agosto de 2005, a *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (CONSOB), requer às sociedades Exor S.p.A. e Giovanni Agnelli & C. que emitam um comunicado de imprensa a informar sobre qualquer iniciativa tomada face ao vencimento do contrato de financiamento. Aconselhada pelo seu mandatário, a Exor fez um comunicado a informar a inexistência de qualquer iniciativa. No dia 14 de setembro de 2005, a CONSOB é formalmente informada das negociações em curso e, no dia seguinte, a Exor celebra contrato com o Merrill Lynch International Bank Ltd, garantindo assim a sua posição na FIAT.

Na sequência deste quadro fáctico, em fevereiro de 2006, a CONSOB concluiu o inquérito instaurado aos intervenientes referidos, acusando-os de violarem a legislação italiana de mercado de capitais, por difusão de informação falsa ou enganosa no mercado financeiro. O procedimento administrativo interposto resultou na aplicação de sanções

²⁶⁷ Vide, entre outros, G. DE AMICIS, “Ne bis in idem e 'doppio binario' sanzionario: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano, *Rivista Trimestrale*, 3-4, 2014, pp. 201 a 218; F. VIGANÒ, “Doppio binario sanzionario e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?”, *Rivista Trimestrale*, 3-4, 2014, pp. 219 a 238; N. RECCHIA, cit. n.º [202], pp. 71 a 82;

pecuniárias pesadas e na proibição temporária de administração de sociedades de capital aberto para Gianluigi Gabetti.

Após a condenação em sede administrativa, o caso foi encaminhado para o âmbito criminal, tendo resultado na condenação dos arguidos Gianluigi Gabetti e Franzo Grande Stevens ao abrigo do artigo 185.º, n.º 1 do Decreto-Lei italiano n.º 58/98²⁶⁸, decisão confirmada pela *Corte di Cassazione*.

Foi a partir deste cenário que os arguidos recorreram para o TEDH alegando, entre outros²⁶⁹, a violação do princípio *ne bis in idem* previsto no artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da Convenção.

A título preliminar, o Governo italiano alegou a inaplicabilidade desta disposição, com base na reserva legal feita pelo Estado aos artigos 2.º a 4.º daquele diploma, prevendo que os mesmos só seriam aplicados se se referissem a crimes, procedimentos ou decisões classificadas como “criminais” segundo a lei italiana (ponto 204 do acórdão). O Tribunal rebateu este argumento, sustentando que as reservas feitas pelo Governo Italiano eram inválidas ao abrigo do artigo 57.º da Convenção por revestirem o carácter geral proibido por esta disposição, na medida em que o Governo não especificou quais seriam os dispositivos legais excluídos do âmbito de aplicação do artigo 4.º do 7.º protocolo (pontos 207 a 209). Após este veredicto, como recorda Martin Böse²⁷⁰, as consequências estendem-se a outros Estados que fizeram reservas²⁷¹ literalmente idênticas.

Quanto à questão principal que aqui nos importa analisar, o Tribunal, na sequência do que referimos no ponto anterior, concluiu face ao segundo critério Engel, que se tratava de uma conduta tratada como criminal, pelos argumentos supra expostos. Além disso, em relação ao terceiro critério, o TEDH vem reforçar a sua posição, negando que as coimas aplicadas aos recorrentes tenham servido apenas o propósito de reparar os danos de natureza financeira, como o Governo havia alegado. Na verdade, para além de

²⁶⁸ Repare-se que, como concretiza G. GIACOMELLI, cit. n.º [39], p. 75, “na lei italiana, o mesmo *corpus legis* (o DL 58/98) prevê sanções administrativas e penais para as condutas integrantes das designadas manipulações de mercado”.

²⁶⁹ Foi também invocada a violação do direito a um processo justo em tempo razoável (art.º 6.º, n.º1), do direito de ser informado com a maior brevidade de acusações e o direito a ser assistido por um advogado (art.º 6.º, n.º 3, al.ªs a) e c)) e do direito de proteção da propriedade (art.º 1.º do Protocolo n.º 1).

²⁷⁰ Cf. M. BÖSE, “Types of Sanctions and the Principle of Ne Bis in Idem”, *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US* (coord.: K. LIGETI/V. FRANSSSEN), Hart, 2017, p. 220. O Autor refere os casos da Alemanha, de Portugal e de França, ressaltando que apenas a Áustria especificou que o conceito de procedimento criminal deve ser aferido à luz do Código Processo Penal austríaco.

²⁷¹ A lista das reservas formuladas pode ser consultada em: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/declarations?p_auth=msLNoy5J (acedido em 10/05/2017).

extravasarem a intenção dissuasiva de repetição dos comportamentos ilícitos, as referidas coimas cumpriram finalidades punitivas e foram aplicadas “não em função dos danos causados aos investidores”, mas sim “em função da gravidade do comportamento imputado” (ponto n.º 96). Tudo revisto, o TEDH entendeu que se tratavam efetivamente de sanções de natureza criminal, estendendo este entendimento a algumas entidades administrativas com competência dentro da legislação económica e financeira para aplicarem sanções desta natureza (ponto n.º 100).

A partir desta concretização, o problema, aparentemente complexo, revela-se simplificado: a primeira sentença proferida no caso reveste carácter penal na aceção da Convenção, ao passo que a segunda também, pelo que o TEDH só precisa de se pronunciar quanto aos elementos *idem* e *bis*, nos termos já determinados, concluindo pela violação ou não do princípio contido no artigo 4.º do 7.º protocolo. Neste caso, os juízes, reiterando a jurisprudência anterior, decidiram pela violação do *ne bis in idem*.

Porventura a conclusão mais interessante a retirar do acórdão *Grande Stevens c. Italia*, sem prejuízo da riquíssima discussão doutrinária sobre a compatibilidade do designado sistema de *doppio binario* (penal/administrativo) que disciplina o ordenamento jurídico italiano nas questões dos abusos de mercado com a jurisprudência do TEDH, é a que encontramos na formulação de Ventoruzzo²⁷², concretamente a discussão em torno de dois campos aparentemente intocáveis: a violação de direitos fundamentais a partir dessas mesmas regras de abuso de mercado.

Parece-nos possível deduzir, sem grandes hesitações, que a partir deste caso, o TEDH patenteou parâmetros alargados para a construção de uma política criminal europeia, prescrevendo uma noção autónoma do conceito de “sanção penal” que os Estados devem tomar em consideração a fim de respeitarem os direitos fundamentais previstos na Convenção. As consequências podem, contudo, vir a ser nefastas: os Estados, receosos de violarem as disposições da CEDH, poderão passar a privilegiar, quando possível, o *ius puniendi* no tratamento de condutas passíveis de serem sancionadas à luz do direito administrativo, o que poderá resultar na aplicação efetiva de penas mais graves do que aquelas que resultariam da conjugação de ambos os procedimentos, isto tendo em

²⁷²Cf. M. VENTORUZZO, “When Market Abuse Rules Violate Human Rights: *Grande Stevens v. Italy* and the Different Approaches to Double Jeopardy in Europe and the US”, *European Business Organization Law Review*, março 2015, vol. 16, pp. 145-165.

conta que a maioria dos ordenamentos jurídicos prevê a consideração da sanção administrativa imposta na pena a impor.

Em *Kiiveri c. Finlândia*²⁷³, o TEDH reforçou a posição defendida no acórdão anterior, perante uma situação de duplicação de processos, desta vez, um de natureza fiscal e outro de natureza penal. De acordo com a lei fiscal finlandesa, quem preste informações incompletas à Autoridade fiscal está sujeito ao pagamento da totalidade do imposto devido, além de ser condenado a pagar um imposto adicional e uma sobretaxa de imposto. No caso em apreço, enquanto corria o procedimento anterior foi interposta uma ação penal contra a mesma pessoa por fraude fiscal. O sujeito viria a ser condenado ao pagamento de uma coima no processo fiscal e a 3 anos de prisão e uma multa de 685,080.66 euros no âmbito do processo penal.

Chamado a pronunciar-se sobre a violação do princípio *ne bis in idem*, o TEDH socorreu-se da jurisprudência anterior, voltando a aferir a concretização do conceito de “acusação criminal”, por respeito aos critérios Engel, concluindo que o primeiro procedimento se encaixa no entendimento já anteriormente vertido, na medida em que a sanção imposta tinha características penais decorrentes do facto de prosseguir propósitos preventivos e repressivos.

Estando perante dois procedimentos penais paralelos, o Tribunal recordou que a litispendência extravasava o âmbito de aplicação do artigo 4.º do sétimo protocolo, só sendo relevante aferir o momento em que é alcançada uma decisão final num dos processos. Aí, o segundo processo terá de ser arquivado, sob pena de se violar a proibição da duplicação de processos penais na aceção da Convenção. No caso *sub judice*, tal como no anterior, o processo penal deveria ter sido encerrado após a decisão da autoridade fiscal/administrativa.

O mais recente acórdão do TEDH sobre a problemática em apreço, datado de 13 de junho de 2017, no caso *Šimkus c. Lituânia*²⁷⁴, repete, no essencial, as conclusões alcançadas até aqui, decidindo pela violação do artigo 4.º, n.º 1 do Protocolo n.º7.

²⁷³ Pedido n.º 53753/12. Acórdão de 10 de fevereiro de 2015. Caso idêntico referente ao ordenamento jurídico finlandês é o caso *Nykänen c. Finlândia*, pedido n.º 11828/11, acórdão de 20 de maio de 2014.

²⁷⁴ Pedido n.º 41788/11.

5.3. A posição do TJUE: os casos *Bonda* e *Åkerberg Fransson*

O problema da cumulação do direito administrativo sancionatório com o *ius puniendi* estadual na perspectiva da jurisprudência do tribunal do Luxemburgo permitiu que fossem redigidas interessantes leituras doutrinárias. Por seu lado, o acervo de casos sobre a aplicação do artigo 50.º da Carta a situações que envolvem a duplicação de processos de natureza distinta constitui, quiçá, o principal teste à coerência do sistema tripartido que opera no quadro desta problemática jurídica.

O caso *Bonda*²⁷⁵ reporta-se a um agricultor polaco que, em 2005, apresentou um pedido de pagamento único por superfície junto do Gabinete Regional da Agência para a Reestruturação e Modernização da Agricultura, tendo, para o efeito, prestado declarações incorretas sobre a extensão da superfície afeta à actividade agrícola, bem como sobre as culturas aí praticadas.

Na sequência destas declarações, o Gabinete Regional, ao abrigo do artigo 138.º do Regulamento n.º 1973/2004, recusou a L. Bonda o pagamento único por superfície para o ano corrente, impondo-lhe ainda uma sanção que consistiu na perda dos direitos ao pagamento único por superfície, até um montante correspondente à diferença entre a superfície real e a superfície declarada, nos três anos seguintes a 2005.

Em 2009, L. Bonda viria a ser condenado, em sede criminal, pela prática de um crime de fraude na obtenção de subvenções, a uma pena suspensa e a uma multa.

Não obstante o tribunal de reenvio concordar que os factos em apreço nas duas condenações são os mesmos, decidiu suspender a instância e questionar o TJUE sobre “a natureza jurídica da sanção prevista no artigo 138.º do Regulamento n.º 1973/2004 que que priva um agricultor de pagamentos diretos nos anos seguintes ao ano em que apresentou uma declaração incorreta” (ponto n.º 25 do acórdão).

Para responder à questão suscitada, o TJUE, numa atitude de integração, recorreu à jurisprudência do TEDH para aferir se o primeiro processo teria natureza penal segundo a corrente explanada nos critérios Engel (ponto n.º 37).

²⁷⁵ Processo n.º C-489/10. Acórdão de 5 de junho de 2012.

Quanto ao primeiro critério, entendendo-se o “direito interno” como o Direito da União Europeia, parece lógico que as normas relativas à política agrícola comum não possam ser qualificadas como penais²⁷⁶ (ponto n.º 38).

No que respeita ao segundo critério, o Tribunal entendeu, privilegiando nas entrelinhas a jurisprudência vertida, entre outros, no acórdão *Demicoli c. Malta* supra referido, que a natureza das condutas em apreço não reveste natureza penal por não se inserirem no âmbito de disposições de aplicação generalizada aos cidadãos, mas referentes apenas a um grupo muito restrito de indivíduos, designadamente aos “operadores económicos que optaram, com inteira liberdade, por recorrer a um regime de ajudas em matéria agrícola” (ponto n.º 30). De facto, o Tribunal concretiza que a norma em estudo visa “garantir a boa gestão financeira dos fundos públicos da União” (ponto n.º 30, *in fine*).

Quanto ao critério traduzido no tipo e grau de severidade da sanção imposta, o Tribunal invocou jurisprudência anterior²⁷⁷ para sublinhar que as sanções previstas no âmbito das políticas comunitárias, designadamente da política agrícola comum, não revestem carácter penal por se destinarem exclusivamente a “privar o agricultor em causa da perspectiva de obter uma ajuda”, não conhecendo das mesmas finalidades que presidem à condenação numa pena.

Em conclusão, os juízes entenderam que, pelas razões expostas, a norma do artigo 38.º do Regulamento n.º 1973/2004 não tem carácter penal e, por isso, o artigo 50.º da CDFUE não obstará ao prosseguimento do procedimento criminal polaco.

Em 2013, o Tribunal de Justiça volta a debater-se com questão idêntica no paradigmático acórdão *Åkerberg Fransson*²⁷⁸.

Em contraste com o acórdão anterior e com a jurisprudência do TEDH supra aludida, os juízes optaram por restringir, ainda que implicitamente, o âmbito de aplicação do artigo 50.º da CDFUE no caso *sub judice*²⁷⁹.

Åkerberg Fransson, pescador sueco, foi condenado em 2007 ao pagamento de uma sobretaxa fiscal por ter prestado falsas declarações à Autoridade tributária que resultaram

²⁷⁶ O Tribunal fez alusão ao Regulamento n.º 2988/95 (que fixa um quadro jurídico comum a todos os domínios cobertos pelas políticas comunitárias) para justificar este distanciamento (pontos 33 a 35).

²⁷⁷ Nomeadamente, o acórdão *Maizena* 18 de novembro de 1987, processo n.º 137/85, ponto n.ºs 10 e 11.

²⁷⁸ Processo n.º C-617/10. Acórdão de 26 de julho de 2013.

²⁷⁹ O acórdão em apreço é discutido em conjunto com o acórdão *Melloni* no artigo de B. VAN BOCKEL, “New wine into old Wineskins: the scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Akerberg Fransson”, *European Law Review*, n.º 6, 2013, pp. 866 a 833.

na perda de receitas fiscais decorrentes de impostos devidos. Em 2009, viu instaurado contra si um processo pelo crime de fraude fiscal agravada que tinha por objecto as mesmas declarações incorrectas do processo já findo.

A primeira questão prejudicial colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio prende-se com a compatibilidade do direito sueco com o princípio do primado e do efeito direto do direito da União. Isto porque, à luz do ordenamento jurídico em apreço, é necessário que haja “um apoio claro” na CEDH ou na jurisprudência do TEDH para que o juiz nacional possa preterir as normas nacionais que eventualmente possam violar o princípio contido no artigo 4.º do protocolo n.º 7 da Convenção e no artigo 50.º da Carta.

Na segunda, terceira e quarta questão o Tribunal sueco, expressando dúvidas quanto à conformidade desta nova ação com o princípio da proibição da dupla condenação previsto no artigo 50.º da CDFUE e no artigo 4.º do protocolo n.º 7 da CEDH, questiona o TJUE sobre a interpretação a dar às disposições em apreço no presente caso.

Para além disso, o *Haparanda Tingsrätt* questiona ainda se o sistema sueco, ao permitir, em processos separados, aplicar uma sobretaxa fiscal e apreciar a responsabilidade penal por infrações fiscais, é compatível com o princípio *ne bis in idem*.

O Tribunal começou por responder a um problema preliminar suscitado por cinco Estados-membros e pela Comissão (ponto n.º 16) que contestavam a admissibilidade das questões prejudiciais colocadas, por entenderem que o Tribunal de Justiça não tinha competência para delas conhecer, uma vez que, tratando-se o caso da aplicação da lei interna do Estado, estava em causa uma situação jurídica não abrangida pelo direito da UE. Esta questão permitiu ao TJUE trazer para o seu acervo jurídico mais um dado de relevo na resolução do “quebra-cabeças” que é o âmbito de aplicação da CDFUE.

Efetivamente, o artigo 51.º, n.º 1 da Carta dispõe que os direitos nela previstos têm de ser respeitados pelos Estados-membros, mas apenas quando estes se encontrem a aplicar o direito da União. O Tribunal reiterou-o de forma assertiva: “uma vez que os direitos fundamentais garantidos pela Carta devem, por conseguinte, ser respeitados quando uma regulamentação nacional se enquadra no âmbito de aplicação do direito da União, não podem existir situações que estejam abrangidas pelo direito da União em que os referidos direitos fundamentais não sejam aplicados. A aplicabilidade do direito da União implica a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos pela Carta” (ponto n.º 21).

O processo em apreço refere-se ao incumprimento, por parte de um contribuinte, das suas obrigações de declaração do IVA e, nesse sentido, o Tribunal gizou que um Estado, ao punir um cidadão em matéria fiscal, está a aplicar o direito da União, invocando, para o efeito, a Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, o artigo 4.º, n.º 3 do TUE e o artigo 325.º do TFUE (pontos n.ºs 25 e 26 do acórdão). Decorre desta conjugação de disposições que “cada Estado-Membro está obrigado a tomar todas as medidas legislativas e administrativas adequadas para assegurar a cobrança de todo o IVA devido no seu território e para evitar a fraude”, obrigando-os “a combater as atividades ilícitas lesivas dos interesses financeiros da União através de medidas dissuasivas e efectivas” (pontos n.ºs 25 e 26). Em contraposição, o AG Cruz Villalón entendeu, nas suas conclusões²⁸⁰, que, em razão da previsão das sanções administrativas e penais não fazerem parte da Diretiva em causa, os Estados-membros não se encontram a aplicar o direito da UE, porquanto “o simples facto de tal exercício de autoridade pública ter uma origem última no direito da União não basta, por si só, para concluir pela existência de uma situação de aplicação do direito da União” (ponto n.º 40 das conclusões).

Questão distinta²⁸¹, mas conexa, é a do nível de proteção conferido aos direitos fundamentais. Este é aferido, como refere Van Bockel, pelo grau de determinação com que o direito da UE se impõe nas ações dos Estados. Esclarecendo: ao contrário do acórdão *Melloni*, no qual, como demos conta, estava em causa o regime do MDE (amplamente escrutinado na legislação), em *Åkerberg Fransson*, a ação do Estado sueco não está “inteiramente determinada pelo direito da UE”, o que permite aos Estados, desde que não comprometam a “primazia, unidade e efetividade do direito da União”, aplicar um parâmetro mais elevado de proteção dos direitos fundamentais. E se deste nível de proteção reforçado resultar uma contradição (natural e previsível) do princípio da efetividade do direito da UE que exige, como sabemos, que as medidas tomadas pelos Estados na proteção dos interesses da União sejam “efectivas, proporcionadas e dissuasivas”? Daqui partimos, no que nos importa considerar, para a caracterização da relação, tendencialmente conflituante, que se estabelece entre o princípio da efetividade do direito da UE e o princípio *ne bis in idem*. Para melhor caracterizar este problema, imagine-se que a medida

²⁸⁰ Vide conclusões do AG CRUZ VILLALÓN ao presente caso, apresentadas em 12 de junho de 2012.

²⁸¹ Esclarecida no comentário de B. VAN BOCKEL, cit. n.º [279], p. 876, numa leitura conjugada com o Acórdão Melloni.

tomada por um Estado para punir a lesão de determinados interesses da UE não é considerada suficientemente “efetiva, proporcionada e dissuasiva”. É possível que o agente seja submetido a um novo julgamento, afetando a proteção dada pelo princípio *ne bis in idem*, a fim de lhe ser imposta uma sanção que cumpra os requisitos de efetividade do direito da UE? Apesar de esta questão continuar em aberto, parece-nos que poderá não ser tão problemática quanto aparenta se for respondida com base num pensamento algo redundante: não sairá o princípio da efetividade do direito da União prejudicado pelo simples facto de se violar o próprio direito primário da União ao submeter um indivíduo a um novo julgamento?

Discutindo as questões prejudiciais suscitadas, o Tribunal pareceu querer demarcar-se da corrente jurisprudencial do TEDH em pelo menos dois pontos do aresto.

No primeiro ponto, o Tribunal fez alusão aos critérios Engel sem os concretizar no caso concreto, remetendo para o acórdão *Bonda* (ponto n.º 35). Em segundo lugar, a Corte entende que é violado o princípio *ne bis in idem* do artigo 50.º da Carta quando é aplicada uma sobretaxa fiscal e uma sanção penal pelos mesmos factos apenas quando a primeira revista carácter penal, convidando-se o juiz nacional a avaliar a natureza do respetivo processo (ponto n.º 37).

A relação que se tem vindo a estabelecer entre a hermenêutica jurisprudencial do TEDH e do TJUE parece restar enfraquecida a partir destas considerações, dado que, para efeitos da Convenção, é já jurisprudência assente do primeiro órgão que os casos relativos à aplicação de sobretaxas fiscais²⁸² caem dentro do conceito de processo penal²⁸³ e obstam à duplicação de procedimentos. Esta constatação torna-se evidente se descortinarmos a opinião do AG Cruz Villalón que propõe uma distinção contrária à relação de cooperação e complementaridade prática até agora desenvolvida por aquelas duas instâncias.

De acordo com o AG, em relação ao protocolo n.º 7 da CEDH, o artigo 52.º, n.º 3 da CDFUE – que dispõe que o sentido e âmbito dos direitos consagrados na Carta devem estar em conformidade com os da Convenção - tem de ser lido de forma cautelosa.

A circunstância de alguns Estados não terem ratificado o Protocolo e de outros terem formulado reservas, é para o AG o ponto de partida para considerar que deve ser

²⁸² O TEDH chegou a pronunciar-se sobre o carácter penal das sanções que resultam da aplicação de sobretaxas fiscais no direito sueco, designadamente, entre outros, nos acórdãos de 23 de julho de 2002 *Janosevic c. Suécia* (pedido n.º 34619/97) e de 21 de maio de 2003 *Taxi Aktiebolag e Vulic c. Suécia* (pedido n.º 36985/97).

²⁸³ Neste sentido, M. BÖSE, cit. n.º [270], p. 219.

encontrada uma interpretação parcialmente autónoma e independente do princípio do artigo 50.º da Carta (ponto n.º 87), distanciando-se da jurisprudência relativa à aplicação do artigo 4.º do protocolo anexo à CEDH. A distinção encetada parece querer significar, nas palavras de Van Bockel²⁸⁴, que o AG pretende traçar uma distinção clara entre o centro dos direitos fundamentais da UE, encontrado na Convenção, e a “periferia”, que corresponde àqueles previstos nos Protocolos.

Recordando que a consagração do sistema de *doppio binário* administrativo e penal se trata de uma tradição jurídica relativamente comum aos ordenamentos jurídicos dos Estados, embora com configurações variáveis, Cruz Villalón conclui que a jurisprudência do TEDH tem aniquilado esta construção interna, ao decidir, na maioria dos casos, pela violação do princípio *ne bis in idem* quando é aplicada uma sanção administrativa e outra penal pela mesma factualidade. Rematando a linha interpretativa proposta, o AG recomenda que o TJUE responda às questões relativas à compatibilização das disposições em apreço do seguinte modo: “o artigo 50.º da Carta deve ser interpretado no sentido de que não impede os Estados-membros de instaurar um processo penal pelos mesmos factos e já punidos, de forma definitiva, por via administrativa, pelo mesmo delito, sempre que o tribunal penal possa ter em conta a prévia existência de uma sanção administrativa, para atenuar a pena a aplicar por esse tribunal” (ponto 96).

Apesar de o Tribunal não ter seguido as conclusões do AG, não seguimos Denys Simon²⁸⁵ quando o Autor afirma que, ao remeter para as ordens jurídicas dos Estados, o TJUE negou a posição do TEDH como uma fonte formal de direito da União. Afinal, ao TJUE, perante um processo de reenvio, cabe apenas dar um parecer aos Estados que lhe submetam questões prejudiciais, cabendo a decisão sempre, em última instância, ao juiz nacional.

²⁸⁴ Cf. B. VAN BOCKEL, cit. n.º [279], p. 877. O Autor sublinha, em sentido oposto àquela visão, que o princípio previsto no art.º 4.º do sétimo protocolo não pode ser derogado nos casos de estado de necessidade, previstos no art.º 15.º da CEDH, o que revela o carácter primário do direito fundamental em apreço, independentemente da disposição estar vertida num anexo à Convenção.

²⁸⁵ Cf. D. SIMON *apud* G. GIACOMELLI, cit. n.º [39], p. 94.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Aqui chegados, cumpre-nos tecer algumas considerações finais concluindo, de certo modo, como começámos, ou seja, a reafirmar o carácter que o *ne bis in idem* adquire na ordem jurídica da União Europeia, erguendo-se enquanto direito fundamental dos cidadãos europeus, impedindo que estes sejam, por um lado, alvo de dupla ação penal no espaço de liberdade, segurança e justiça e, por outro, que haja entrega, para efeitos do MDE, em violação daquela regra.

Justamente por partir de uma lógica puramente interna, deparámo-nos, ao longo da exposição, com a problematizante transnacionalização do princípio. Sem prejuízo das conclusões intercalares que fomos tricotando nos capítulos percorridos, enfatizando o processo construtivo do *ne bis in idem* na paisagem política e jurídica europeia, é tempo de avançar com algumas notas sobre a concretização do múnus atribuído ao triângulo jurisdicional composto pelo Tribunal do Luxemburgo, de Estrasburgo e pelos tribunais nacionais.

Antes de desenvolvermos o capítulo medular da presente dissertação, constatámos que arquitetar o futuro de uma organização internacional peculiar nunca se pode revelar uma tarefa simples, daí que tenhamos começado por expor criticamente aquele que nos afigura ser, no presente, o maior entrave *de fundo* à justa aplicação do princípio *ne bis in idem*: a ausência de um mecanismo efetivo de resolução dos conflitos positivos de jurisdição na União Europeia.

O desafio-problema perscrutado encontra justificação no “lugar-comum” que é a posição defensiva e de resistência protagonizada pelos Estados-membros na abdicação da soberania penal e na conseqüente construção de um *ius puniendi* europeu. Este cenário político, coadjuvado com o crescimento da criminalidade transnacional e com o alargamento da competência de investigar e punir determinadas infrações no plano internacional, intensifica o desdobramento de ações penais contra a mesma pessoa no recinto da União Europeia, impondo o recurso sistemático ao princípio *ne bis in idem* para pôr fim à *persecutio criminis*. Esta regra, contudo, não goza da prerrogativa de atribuir o exercício da ação penal à ordem jurídica com uma conexão mais estreita com o caso *sub iudice*, impedindo apenas a pretensão penal dos restantes Estados. Parece indiscutível que este estado de coisas prejudica todos os envolvidos. Por um lado, dificulta a tarefa dos

atores judiciários na construção de um espaço comum de justiça e, por outro lado, fere os direitos dos cidadãos europeus envolvidos nos processos penais de carácter transnacional.

Percorridas as propostas de resolução deste desafiante problema correlacionado ao nosso objeto de estudo, observámos a dificuldade de consenso entre os Estados na criação de regras de atribuição de competência penal, culminando na adoção de uma *não-solução* com a Decisão-Quadro de 2009.

Proseguimos, assim, após uma breve passagem pela plurissignificação da expressão e pela constatação da sua autonomia face ao caso julgado e à litispendência, o exercício de lapidar a concreta aplicação prática do princípio *ne bis in idem* que, em razão da pluralidade legislativa e da dispersão da competência judicativo-decisória, revela um acervo jurisprudencial alargado e provocador que nos propusemos descortinar.

No princípio, era o verbo da CAAS a ditar os contornos de aplicação transnacional do princípio *ne bis in idem*, tendo cabido ao TJUE o papel de desenhar um quadro próprio de interpretação conceitual dos elementos da norma. Traçando como objetivo preliminar o de evitar que uma pessoa, por fazer uso das liberdades fundamentais, fosse alvo de múltiplas prossecuções penais dentro do recinto europeu, o Tribunal começou por atribuir um valor mais elevado à nota da liberdade, em detrimento da segurança, e em vénia, parece-nos, à justiça. Prestigiando o princípio do reconhecimento mútuo entre os EMs, as soluções alcançadas remaram no sentido de atribuir um carácter amplo ao princípio, *harmonizando*, de uma forma muito própria, as garantias processuais-penais dos cidadãos da União Europeia, designadamente no caso da prescrição ou das diferentes formas assumidas pelas decisões que colocam fim aos processos.

Esta originalidade está especialmente patente na interpretação que o TJUE dá à expressão “pelos mesmos factos”, do artigo 54.º da CAAS, desligando o seu sentido das ordens jurídicas dos Estados-membros e erigindo um conceito material dos factos *sub judice*, que rejeita restringir este princípio a conceções subjetivas como são as do bem jurídico protegido ou da qualificação jurídica dos factos. Já o *idem* da CEDH, após um percurso atribulado na sua concreta definição pelo Tribunal de Estrasburgo, culminou com a adoção de uma linha interpretativa idêntica à do TJUE.

A influência mútua exercida pelos dois órgãos jurisdicionais da União Europeia assume uma exigência facilmente perceptível: a de conjugar a aplicação do *ne bis in idem* interno ao *ne bis in idem* transnacional, podendo, por isso, também ser aferida na

interpretação da expressão “definitivamente julgado”. Foi com base nos argumentos que presidiram à criação original do *idem* que tecemos algumas críticas na concretização do elemento *bis* pelo TJUE, pugnando aqui pela adoção de um conceito também autónomo da União, tomando como exemplo a interpretação do TEDH, na auscultação do artigo 4.º, n.º 1 do Protocolo n.º 7 anexo à CEDH.

A problemática subjacente à aplicação do princípio adensa-se a partir do término do estado de hibernação de direitos fundamentais na União Europeia. A partir da elaboração da Carta, mais concretamente, da sua elevação, a partir do Tratado de Lisboa, a estatuto de direito primário da União, o princípio *ne bis in idem* adquire formalmente esse epíteto no artigo 50.º do diploma. Parece-nos legítimo atribuir a este momento o ponto de viragem na conceção, aplicação e interpretação do princípio, agora direito fundamental transnacional.

De facto, a letra do artigo 50.º, por comparação ao artigo 54.º da CAAS e ao artigo 4.º do sétimo protocolo adicional à CEDH, é mais parcimoniosa a definir o princípio *ne bis in idem*, ignorando na sua escrita, quer a designada condição de execução, quer a possibilidade de derrogações unilaterais à aplicação do direito, estabelecendo, por isso, uma proteção maior à pessoa duplamente constituída arguida num processo penal. A partir da análise crítica dos acórdãos supracitados, concluímos que deve ser esta a norma-chave na aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia, abandonando-se os resquícios de uma certa hostilidade em ceder à criação de uma área comum de justiça criminal, sobrepondo-se, para tanto, o artigo da Carta à norma da CAAS.

Todavia, nem sempre é essa a orientação que resulta das decisões do TJUE que cremos ainda se revelarem demasiado consonantes com a disposição da CAAS. Esta atitude algo bipolar do Tribunal do Luxemburgo, que - recordemo-nos - desenha em alguns acórdãos, uma certa orientação político-criminal para a União Europeia e, noutros arestos, perde-se na necessidade imperativa de conferir *um elevado nível de segurança* dentro do perímetro europeu, pode vir a mudar com a adesão da União Europeia à CEDH, como prescreve o TL. Com efeito, o último ponto da presente dissertação trata de dissecar o carácter amplíssimo da expressão “processo penal” para o Tribunal dos Direitos humanos, responsável por atribuir uma tutela imperecível à pessoa duplamente acusada em sede criminal e administrativa. No entanto, ficará por agora em aberto, o acolhimento dos protocolos adicionais, concretamente do sétimo protocolo onde se encontra plasmado o princípio.

O modestíssimo subsídio que aqui prestámos foi, essencialmente, no sentido de enunciar algumas questões relacionadas com a aplicação do *ne bis in idem* num espaço que se quer, acima de tudo, pautado pelas notas da segurança, da liberdade e da justiça, conjugadas de forma a oferecer ao indivíduo duplamente acusado pelos mesmos factos a proteção mais ampla possível, indo ao encontro daquele que julgamos ser, na esteira de Damião da Cunha, o âmago do direito: a proibição de repetição da constituição de arguido.

Assumimos, por isso, a ausência, no presente trabalho, de questões de relevantíssima pertinência, sem termos deixado, contudo, de nos determos naquelas que maior interesse jurisprudencial e doutrinal suscitaram nas últimas décadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMICIS, Gaetano de, “Ne bis in idem e 'doppio binario' sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano”, *Rivista Trimestrale*, n.ºs 3-4, 2014, pp. 201 a 218. Disponível em:

http://www.penalecontemporaneo.it/foto/4062DPC_Trim_3-4_2014.pdf#page=207&view=Fit

BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 6.ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2016.

BECK, Susanne, “Does Age Prevent Punishment? The Struggles of the German Juridical System with Alleged Nazi Criminals: Commentary on the Criminal Proceedings Against John Demjanjuk and Heinrich Boere”, *German Law Journal*, Vol. 11, n.º 3, 2010, pp. 347 a 366. Disponível em:

https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b72b701d07c0b1234bdd3d/1454844784865/GLJ_Vol_11_No_03_Beck.pdf

BELE, Ivan / JAKULIN, Vid, “Slovenia *ne bis in idem*”, *Révue Internationale de Droit Penal, nouvelle série*, ano 73, 3.º e 4.º trimestres, 2002, pp. 1071 a 1089. Disponível em:

<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-3-page-1071.htm>

BELEZA, Teresa Pizarro / PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *Direito Processual I - Objecto do processo, liberdade de qualificação jurídica e caso julgado (texto introdutório)*, Lisboa, 2001. Disponível em:

https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/fcp_MA_17200.pdf

BÖSE, Martin, “The Consecutive Application of Different Types of Sanctions and the Principle of Ne Bis in Idem: The EU and the US on Different Tracks?”, *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US*, (org.: LIGETI, Katalin e FRANSSEN, Vanessa), Oxford e Portland (Oregon), Hart Publishing, 2017, pp. 211 a 224.

CAEIRO, Pedro, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”, *Revista do Ministério Público*, ano 21, n.º 84, outubro-dezembro, 2000, pp. 31 a 47. Disponível em:

<http://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2002%20Legalidade%20e%20oportunidade.pdf>

_____, “Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua”, *Direito e Cidadania* 5, n.º 18, 2003, pp. 41 a 60. Disponível em:

<http://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2003%20Alguns%20aspectos%20do%20Estatuto%20de%20Roma.pdf>

_____, “A Jurisdição Penal da União Europeia como Meta-Jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 179 a 210. Disponível em:

<http://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2012%20A%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20penal%20da%20UE%20como%20meta-jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf>

_____, "A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu", in *O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE: Desenvolvimentos Recentes*, (coord.: SOUSA, Constança Urbano), Lisboa, Edual, 2014, pp. 241 a 255. Disponível em:

<http://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2014%20A%20coer%C3%Aancia%20dos%20sistemas%20penais%20nacionais.pdf>

_____, (org.), “Introdução/Introduction”, in *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português/ The European Union Agenda on Procedural Safeguards for Suspects or Accused Persons: the "second wave" and its predictable impact on Portuguese law*, Instituto Jurídico, 2015, pp. 7 a 18 (e-book).

Disponível em: http://ij.fd.uc.pt/publicacoes/comentarios/ebook_1_comentarios.pdf

CAEIRO, Pedro / FDALGO, Sónia, “O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópicos da primeira década”, *Temas de extradição e entrega*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 157 a 194.

CAMPOS, João Mota de / PEREIRA, António Pinto / CAMPOS, João Luiz Mota de, *O Direito Processual da União Europeia (contencioso comunitário)*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a Edição, 2014.

CARRILLO SALCEDO, Juan, *La criminalizacion de la barbárie: la corte penal internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

CARMO, Luís Mota, “O *ne bis in idem* como fundamento de recusa do cumprimento do Mandado de Detenção Europeu” Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2009. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3429/1/ulfd_111778_tese.pdf

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal Parte Geral: Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2016.

CONDE CORREIA, João, *O “Mito do Caso Julgado” e a Revisão Propter Nova*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, “Conflictos de jurisdicción, non bis in idem y litispendencia internacional en la union europea”, in *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, (coord.: ARROYO ZAPATERO, Luis e NIETO MARTÍN, Adán), Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 65 a 94.

CUNHA, José Damião da, “*Ne bis in idem* e exercício da acção penal”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português (coord.: MONTE, Mário Ferreira [et al.]), Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 553 a 581.

_____, *O caso julgado parcial: questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, 1983.

_____, *Direito Penal Parte Geral*, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

_____, *Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

DUARTE, Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2010.

FLETCHER, Maria / LOOF, Robin / GILMORE, Bill, *EU Criminal Law and Justice*, Cheltenham (Reino Unido) e Northampton (Massachusetts) EE Publishing, 2008.

GRAÇA, António Henriques, “A Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça na execução do regime relativo ao Mandado de Detenção Europeu”, (com base na intervenção produzida em 8 de Maio de 2008 - Ação de Formação Permanente Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários, na Direção Regional de Educação do Alentejo, em Évora - com actualizações posteriores).

GIACOMELLI, Giulia, “*Ne bis in idem* profiles in EU Criminal Law”, Tese de Mestrado em Direito apresentada à Università Degli Studi Firenze, 2014. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1422126174full%20text%204917958%20GIACOMELLI.pdf>

GULLIKSSON, Magnus, “Effective sanctions as the one-dimensional limit to the *ne bis in idem* in EU Law”, *Human Rights in Contemporary European Law – Swedish Studies in European Law*, (coord.: NERGELIUS, Joakim e KRISTOFFERSSON, Eleonor), vol. 6, Oxford e Portland (Oregon), Hart Publishing, 2015, pp. 141 a 190.

JANSSENS, Christine, *The principle of mutual recognition in EU law*, Oxford University Press, 2013.

KARGOPOULOS, A. I., *European Police and Criminal Law Co-operation*, (coord.: M. BERGSTRÖM / CORNELL, Anna Jonsson), Oxford e Portland (Oregon), Hart Publishing, 2014.

KLIP, André, *European Criminal Law*, Intersentia, 3.^a edição, 2016.

LAHTI, Raimo, “Finland, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle of *ne bis in idem*”, *Révue Internationale de Droit Penal, nouvelle série*, ano 73, 3.º e 4.º trimestres, 2002, pp. 901 a 911. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-3-page-901.htm>

LEITE, Inês Ferreira, “A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional”, *Regime Geral das Contraordenações e Contraordenações Administrativas e Fiscais*, Lisboa, CEJ, 2015, pp. 27 a 59 (*e-book*). Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/Regime_geral_contraordenacoes_contraordenacoes_administrativas_fiscais.pdf

LELIEUR-FISCHER, Juliette, “La règle *ne bis in idem*: du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive. Étude à la lumière des droits français, allemand et européen”, Tese de Doutoramento em Direito e Ciências Criminais apresentada à Université Panthéon-Sorbonne, 2005. Disponível em: http://dres.misha.cnrs.fr/IMG/pdf/these_juliette_lelieur.pdf

SILVEIRA, Alexandra / CANOTILHO, Mariana, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: comentada*, Coimbra, Almedina, 2013.

MADURO, Miguel Poiares, “Carta dos direitos fundamentais: limite ou instrumento do processo de integração europeia”, *Europa: novas fronteiras*, n.ºs 16/17, 2004/2005, pp. 71 a 77.

MARGUERY, Tony, “Rebuttal of Mutual Trust and Mutual Recognition in Criminal Matters: Is ‘Exceptional’ Enough?”, *European Papers*, n.º 3, vol. 1, 2016, pp. 943 a 963.

MATOS, Ricardo Jorge Bragança: “O princípio do reconhecimento mútuo e o Mandado de detenção europeu”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, n.º 3, julho-setembro, 2014, pp. 325 a 367.

MITSOLEGAS, Valsamis, *EU criminal law*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, RUI (colab.: GARCIA, Maria da Glória... [et al.]), *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.^a edição revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MOREIRA, Vital, “*Respublica*” *Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

MOTA, José Luís Lopes, “Impunidade e direito à memória – a imprescritibilidade dos crimes contra a paz e a humanidade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional”, *Revista do Ministério Público*, vol. 20, n.º 78, abril-junho 1999, pp. 33 a 36.

MONTE, Mário Ferreira, *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – subsídios para a sua legitimação*, Lisboa, Quid Iuris, 2009.

NEAGU, Norel, “The Ne Bis in Idem Principle in the Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation”, *Leiden Journal of International Law*, vol.25, dezembro de 2012, pp. 955 a 977.

NEVES, António Castanheira, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito (Extractos)*, Coimbra, policopiado, 1972.

PEREIRA, Luís Silva / MARTINS, Teresa Alves “O princípio *ne bis in idem* e os conflitos internacionais de jurisdição”, *Revista do CEJ*, n.º 7, 2º semestre de 2007, pp. 313 a 356.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en "bis in idem"*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo, *Tratado de Lisboa: comentado e anotado*, Almedina, 2012.

PUREZA, José Manuel, “Da cultura da impunidade à judicialização global: o Tribunal Penal Internacional”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 60, outubro de 2001, pp. 121 a 139. Disponível em:

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/11621/1/Da%20Cultura%20da%20Impunidade%20a%20Judicializacao%20Global.pdf>

RAMOS, Rui Moura “A Carta dos Direitos Fundamentais na União Europeia e a protecção dos Direitos Fundamentais”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 25, 2001, pp. 171 a 198.

Disponível em:

<http://www.defensesociale.org/02/17.pdf>

RAMOS, Vânia Costa, *Ne Bis In Idem e União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

_____, “*Ne bis in idem* e Mandado de Detenção Europeu - comentário ao caso *Gaetano Mantello* (Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16.11.2010, Processo n.º C-261/09)”, in *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal* (org.: PALMA, Maria Fernanda, SILVA DIAS, Augusto, SOUSA MENDES, Paulo de), Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 111 a 170.

RECCHIA, Nicola, “Il principio europeo del *ne bis in idem* tra dimensione interna e internazionale - Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic”, *Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 3, 2015, pp. 71 a 82. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/foto/4129rivista0315.pdf#page=76&view=Fit>

RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

_____, “Os conflitos de jurisdição no espaço comum europeu: o papel da Eurojust na construção de soluções”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n.º1, 2013, pp. 45 a 62.

SALINAS, Henrique, *Os Limites Objectivos do Ne Bis In Idem e a Estrutura Acusatória no Processo Penal Português*, Universidade Católica Editora, 2014.

SANDRONI, Julia Thomaz, “O *ne bis in idem* transnacional na União Europeia”, Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

SARMIENTO, Daniel, “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TJCE”, in *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional*, (coord.: ARROYO ZAPATERO, Luis e NIETO MARTÍN, Adán), Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 37 a 64.

SEIÇA, António Medina de, “A aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia (aspectos de um processo ainda não transitado)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 935 a 1003.

SEYDEL, Jana, *Enforcement or no enforcement?*, Grin Verlag Ohg, 2011.

SCHABAS, William A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. III, Verbo, 3.^a edição, 2009.

SILVA, Pedro Gama, “A prescrição como causa de extinção da responsabilidade criminal”, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

SILVA, Rita Canas, “A europeização do Direito Constitucional Português: o *ne bis in idem* em matéria criminal”, *Revista de Direito Público*, n.º 5, janeiro-junho, 2011, pp. 183 a 226.

SILVEIRA, Paulo Burnier da, “O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência”, *RDC*, vol. 2, n.º 2, novembro de 2014, pp. 4 a 21. Disponível em:

<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/139/84>

SWOBODA, Sabine, “The self-perception of the European Court of Justice and its neglect of the defense perspective in its preliminary rulings on judicial cooperation in criminal matters”, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.ºs 7/8, 2015, pp. 361 a 374. Disponível em:

http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_935.pdf

_____, “Paying the Debts - Late Nazi Trials before German Courts: The Case of Heinrich Boere”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, março de 2011, pp. 243 a 269.

TAVARES, Sérgio Maia, “*Quid iuris?* A união europeia e o novo *locus standi* dos direitos humanos: a construção da efectividade da carta dos direitos fundamentais, a reforma de Lisboa e o artigo 6.º do TUE”, *RSTPR*, n.º 2, 2013, pp. 313 a 349. Disponível em: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/21/33>

TORRES, Agostinho Soares, “O Princípio «ne bis in idem»”, *Julgar*, n.º 14, maio-agosto, 2011, pp. 77 a 100. Disponível em: <http://julgar.pt/o-principio-ne-bis-in-idem/>

VAN BOCKEL, Bas / WATTEL, Peter, “New Wine into old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åkerberg Fransson”, *European Law Review*, n.º 6 2013, pp. 863 a 880. Disponível em: [https://dspace.library.uu.nl/bitstream/1874/309540/1/Bockel van New Wine into Old Wineskins_2013.pdf](https://dspace.library.uu.nl/bitstream/1874/309540/1/Bockel%20van%20New%20Wine%20into%20Old%20Wineskins%202013.pdf)

_____, *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, 2016.

VELLOSO, Anna Flávia Penna, “A imprescritibilidade dos crimes internacionais”, *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. 1, 2008, pp. 11 a 27. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27118.pdf>

VENTORUZZO, Marco, “When Market Abuse Rules Violate Human Rights: *Grande Stevens v. Italy* and the Different Approaches to Double Jeopardy in Europe and the US”, *European Business Organization Law Review*, vol. 16, março de 2015, pp. 145 a 165.

VERVAELE, John A. E., “*Ne bis in idem*: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?”, *Utrecht Law Review*, vol. 9, setembro de 2013, pp. 211 a 229. Disponível em: http://www.internationalallawreview.eu/fisiere/pdf/LR_011_John-Vervaele.pdf

_____, “The European Arrest Warrant and applicable standards of fundamental rights in European Union”, *Review of European Administrative Law*, volume 6, n.º 2, dezembro, 2013, pp. 37 a 54.

VIGANÒ, Francesco, “Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?”, *Rivista Trimestrale*, n.º 3-4, 2014, pp. 219 a 238. Consultado em:

http://www.penalecontemporaneo.it/foto/4062DPC_Trim_3-4_2014.pdf#page=207&view=Fit

VILELA, Alexandra, *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

WEYEMBERGH, Anne, “Le principe *ne bis in idem*: Pierre d’achoppement de l’espace penal européen?”, *Cahiers de Droit Européen*, n.ºs 3 e 4, 2004, pp. 337 a 375.

WEYEMBERGH, Anne / ARMADA, Inés, “The principle of the *ne bis in idem* in Europe’s area of freedom, security and justice”, *Reserch handbook on EU criminal law*, (coord: MITSILEGAS, Valsamis, BERGSTROM, Maria, KONSTANDINIDES, Theodore), EE Publishing, 2016, pp. 189 a 209.

WEYEMBERGH, Anne / ARMADA, Inés / BRIÈRE, Chloè, *European Added Value Assessment: The EU Arrest Warrant. Critical assessment of the existing European arrest warrant framework decision*, European Parliament, 2014. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/510979/IPOL-JOIN_ET\(2013\)510979\(ANN01\)_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/510979/IPOL-JOIN_ET(2013)510979(ANN01)_EN.pdf)

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

1) Acórdãos²⁸⁶

Ac. TJUE, Proc. n.º 327/82, *Ekro*, de 18 de janeiro de 1984; Ac. TJUE, Proc. n.º 137/85, *Maizena*, de 18 de novembro de 1987; Ac. TJUE, Proc. n.º C-187/01 e n.º C-385/01, *Gözütok/Brügge*, de 11 de fevereiro de 2003; Ac. TJUE, Proc. n.º C-469/03, *Miraglia*, de 10 de março de 2005; Ac. TJUE, Proc. n.º C-105/03, *Pupino*, de 16 de Junho de 2005; Ac. TJUE, Proc. n.º C-436/04, *Van Esbroeck*, de 9 de março de 2006; Ac. TJUE, Proc. n.º C-150/05, *Van Straaten*, de 28 de setembro de 2006; Ac. TJUE, Proc. n.º C-467/04, *Gasparini*, de 28 de setembro de 2006; Ac. TJUE, Proc. n.º C-367/05, *Kraaijenbrink*, de 18 de julho de 2007; Ac. TJUE, Proc. n.º C-288/05, *Kretzinger*, de 18 de julho de 2007; Ac. TJUE, Proc. n.º 125/06, *Österreichischer Rundfunk*, de 18 de outubro de 2007; Ac. TJUE, Proc. n.º C-66/08, *Kozłowski*, de 17 de julho de 2008; Ac. TJUE, Proc. n.º C-297/07, *Bourquain*, de 11 de dezembro de 2008; Ac. TJUE, Proc. n.º C-491/07, *Turanský*, de 22 de dezembro de 2008; Ac. TJUE, Proc. n.º C-261/09, *Gaetano Mantello*, de 16 de novembro de 2010; Ac. TJUE, Proc. n.º C-489/10, *Bonda*, de 5 de junho de 2012; Ac. TJUE, Proc. n.º C-399/11, *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013; Ac. TJUE, Proc. n.º C-617/10, *Åkerberg Fransson*, de 26 de fevereiro de 2013; Ac. TJUE, Proc. n.º C-129/14 PPU, *Spasic*, de 27 de maio de 2014; Ac. TJUE, Proc. n.º C-398/12, *M.*, de 5 de junho de 2014; Ac. TJUE, Proc. n.º C-486/14, *Kossowski*, de 26 de junho de 2016;

2) Conclusões dos Advogados-Gerais (AG)

AG Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer: Conclusões ao Proc. n.º C-187/01 e n.º C-385/01 *Gözütok/Brügge*, apresentadas em 19 de setembro de 2002; Conclusões ao Proc. n.º

²⁸⁶ Todos os acórdãos mencionados, bem como as referidas conclusões dos Advogados-Gerais foram consultados em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/.

C-436/04, *Van Esbroeck*, apresentadas em 20 de outubro de 2005; Conclusões ao Proc. n.º C-150/05, *Van Straaten*, apresentadas em 8 de junho de 2006;

AG Eleanor Sharpston: Conclusões ao Proc. n.º C-467/04, *Gasparini*, apresentadas em 15 de junho de 2006; Conclusões ao Proc. n.º C-367/05, *Kraaijenbrink*, apresentadas em 5 de dezembro de 2006; Conclusões ao Proc. n.º C-288/05, *Kretzinger*, apresentadas em 5 de dezembro de 2006;

AG Niilo Jääskinen: Conclusões ao Proc. n.º C-129/14 PPU, *Spasic*, apresentadas em 2 de maio de 2014;

AG Yves Bot: Conclusões ao Proc. n.º C-486/14, *Kossowski*, apresentadas em 15 de dezembro de 2015;

AG Pedro Cruz Villalón: Conclusões ao Proc. n.º C-617/10, *Åkerberg Fransson*, apresentadas em 12 de junho de 2012;

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)²⁸⁷

Ac. do TEDH, Proc. n.ºs 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel e outros c. Holanda*, de 8 de junho de 1976; Ac. do TEDH, Proc. n.º 8544/79, *Öztürk c. Alemanha*, de 21 de fevereiro de 1984; Ac. do TEDH, Proc. n.º 13057/87, *Demicoli c. Malta*, de 27 de agosto de 1991; Ac. do TEDH, Proc. n.º 84/1997/868/1080, *Oliveira c. Suíça*, de 30 de julho de 1998; Ac. do TEDH, Proc. n.º 37950/97, *Franz Fischer c. Áustria*, de 29 de maio de 2001; Ac. do TEDH, Proc. n.º 38275/97, *W.F. c. Áustria*, de 30 de maio de 2002; Ac. do TEDH, Proc. n.º 38237/97, *Sailer c. Áustria*, de 6 de junho de 2002; Ac. do TEDH, Proc. n.º 33402/96, *Göktan c. França*, de 2 de julho de 2002; Ac. do TEDH, Proc. n.º 34619/97, *Janosevic c. Suécia*, de 23 de julho de 2002; Ac. do TEDH, Proc. n.º 36985/97, *Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Suécia*, de 23 de julho de 2002; Ac. do TEDH, Proc. n.º 50178/99, *Nikitin c. Rússia*, de 20 de julho de 2004; Ac. do TEDH, Proc. n.º 60619/00, *Rosenquist c. Suécia*, de 14 de setembro de 2004; Ac. do TEDH, Proc. n.º 70982/01, *Horciag c. Roménia*, de 15 de março de 2005; Ac. do TEDH, Proc. n.º 33/1994/480/562,

²⁸⁷ Os acórdãos citados foram consultados em:
[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Gradinger c. Áustria, de 23 de outubro de 2005; Ac. do TEDH, Proc. n.º 73661/01, *Nilsson c. Suécia*. Decisão de inadmissibilidade de 13 de dezembro de 2005; Ac. do TEDH, Proc. n.º 38184/03, *Matyjek c. Polónia*, de 24 de abril de 2007; Ac. do TEDH, Proc. n.º 18294/03, *Stempfer c. Áustria*, de 26 de julho de 2007; Ac. do TEDH, Proc. n.º 18015/03, *Schutte c. Áustria*, de 26 de julho de 2007; Ac. do TEDH, Proc. n.º 11187/05, *Knut Haarvig c. Noruega*, de 11 de dezembro de 2007; Ac. do TEDH, Proc. n.º 14939/03, *Sergueï Zolotukhin c. Rússia*, de 19 de fevereiro de 2009; Ac. do TEDH, Proc. n.º 13079/03, *Ruotsalainen c. Finlândia*, de 16 de junho de 2009; Ac. do TEDH, Proc. n.º 18640/10, *Grande Stevens c. Itália*, de 4 de março de 2014; Ac. do TEDH, Proc. n.º 11828/11 *Nykänen c. Finlândia*, de 20 de maio de 2014; Ac. do TEDH, Proc. n.º 4455/10, *Marguš c. Croácia*, de 27 de maio de 2014; Ac. do TEDH, Proc. n.º 53753/12, *Kiiveri c. Finlândia*, de 10 de fevereiro de 2015; Ac. do TEDH, Proc. n.º 41788/11 *Šimkus c. Lituânia*, de 13 de junho de 2017;

Tribunal Constitucional Português (TC):

A. do TC n.º 306/2003, de 25 de junho de 2003;

Tribunal da Relação de Coimbra (TRC):

Ac. TRC, Proc. n.º 14/03.9IDAVR.C1., de 28/05/2008;

Tribunal da Relação de Lisboa (TRL):

Ac. do TRL, Proc. n.º 75/10.4 YRLSB de 25/02/2010;

Ac. do TRL, Proc. n.º 96/2006-3, de 08/03/2006;

Tribunal da Relação do Porto (TRP):

Ac. do TRP, Proc. n.º 0446143, de 21/09/2005;

Supremo Tribunal de Justiça Português (STJ):

Ac. do STJ, Proc. n.º 211/12.6YRCBR.S1, de 09/01/2013;

Supremo Tribunal de Justiça Grego:

Ac. Plenário n.º 1/2011.

Disponível em:

http://www.areiospagos.gr/nomologia/apofaseis_DISPLAY.asp?cd=72E3JLG8KG782QGGJ2CHUC7WPL5BU1&apof=1_2011&info=%D0%CF%C9%CD%C9%CA%C5%D3%20-%20%20%CF%CB%CF%CC%C5%CB%C5%C9%C1

DOCUMENTOS

Comissão Europeia (2000), Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o reconhecimento mútuo de decisões em matéria penal, COM(2000) 495 final, de 26/07/2000. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0495&from=PT>

Comissão Europeia (2005), Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 10 de Maio de 2005: “Programa de Haia: dez prioridades para os próximos cinco anos. Parceria para a renovação europeia no domínio da liberdade, da segurança e da justiça”, COM(2005) 184. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:116002&from=PT>

Comissão Europeia (2005), Livro Verde sobre os conflitos de competência e o princípio ne bis in idem no âmbito dos procedimentos penais, COM(2005) 696 final, de 23/12/2005. Disponível em:

[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2005\)696_/com_com\(2005\)0696_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)696_/com_com(2005)0696_pt.pdf)

Comissão Europeia (2013), Relatório anual sobre a aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em:

<https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000058001-000059000/000058990.pdf>

Conclusões da Presidência (1999) no Conselho Europeu de Tampere, realizado a 15 e 16 de outubro de 1999. Disponível em:

http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm

Conselho da União (2000), Decisão-Quadro 2000/383/JAI do Conselho, de 29 de maio de 2000, sobre o reforço da proteção contra a contrafação de moeda na perspectiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000F0383&from=PT>

Conselho da União (2002), Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0475&from=PT>

Conselho da União (2002), Decisão-Quadro 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. Disponível em:

http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3b151647-772d-48b0-ad8c-0e4c78804c2e.0010.02/DOC_1&format=PDF

Conselho da União (2008), Decisão-Quadro 2009/426/JAI do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa ao reforço da Eurojust e que altera a Decisão-Quadro 2002/187/JAI relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade. Disponível em:

[http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/ejdecision/New%20Eurojust%20Decision%20\(Council%20Decision%202009-426-JHA\)/Eurojust-Council-Decision-2009-426-JHA-PT.pdf](http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/ejdecision/New%20Eurojust%20Decision%20(Council%20Decision%202009-426-JHA)/Eurojust-Council-Decision-2009-426-JHA-PT.pdf)

Conselho da União (2009), Decisão-Quadro 2009/948/JAI do Conselho, de 30 de novembro de 2009, relativa à prevenção e resolução de conflitos de exercício de competência em processo penal. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009F0948&from=PT>

Glossário das sínteses da União Europeia. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/glossary.html#A>

Iniciativa da República Helénica (2003), tendo em vista a adopção de uma decisão-quadro do Conselho relativa à aplicação do princípio *ne bis in idem*, (2003/C 100/12), de 26/04/2003. Disponível em:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003IG0426\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003IG0426(01)&from=PT)

Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (2003), “Proposta de Freiburg” sobre jurisdições concorrentes e proibição de múltiplas prosseguções penais na União Europeia, Freiburg im Breisgau. Disponível em:

<https://www.mpicc.de/files/pdf2/fa-ne-bis-in-idem.pdf>

Plano de ação do Conselho e da Comissão, de 3 de Dezembro de 1998, sobre a melhor forma de aplicar as disposições do Tratado de Amesterdão relativas à criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:133080&from=PT>

Relatório do Conselho, de 27/04/2007, sobre a aplicação do MDE em Portugal. Disponível em:

https://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN725.pdf

Relatório explicativo do Conselho da Europa, de 22/11/1984, sobre o Protocolo adicional n.º7 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais. Disponível em:

<https://rm.coe.int/16800c96fd>

Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (1996), Parecer n.º2/94 do TJCE, de 28 de março de 1996. Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d562ba130e3e5b432791eef36a7823eccb.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLaNj0?text=&docid=99501&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=571488>