

O PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

FUNCIONALIDADE E VALORAÇÃO NA EVOLUÇÃO PARA A TRANSNACIONALIDADE E A SUA EXPRESSIVIDADE NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL, EM ESPECIAL NA DO TJ DA UNIÃO EUROPEIA

AGOSTINHO S. TORRES

O Autor partindo do brocardo latino em epigrafe, o qual, como é sabido, assenta no reconhecimento geral de que ninguém pode ser condenado mais de uma vez pelo mesmo delito, faz, uma visita guiada, mormente de cariz jurisprudencial, ao conceito no que concerne à sua aplicabilidade e interpretação relativamente aos normativos internacionais em vigor, tendo por objectivo a segurança jurídica individual e a salvaguarda da liberdade e a protecção da dignidade individual.

O presente texto evidencia os problemas que o princípio *ne bis in idem* levanta na interpretação dos normativos internacionais em vigor e a triangulação entre a jurisprudência do Luxemburgo (TJUE) a de Estrasburgo (TEDH) e a dos Tribunais Nacionais, atenta, designadamente, a cooperação penal no espaço Schengen.

1. A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM* (OU DO “*NEMO DEBET BIS VEXART PRO UNA ET EADEM CAUSA*”)

Visto indubitavelmente como um direito fundamental¹ transnacional² e atentamente desenvolvido quer pela doutrina³ quer pela hermenêutica juris-

¹ Trata-se também de um princípio que há-de considerar-se “*rector*” (no termo original em castelhano) *do direito sancionador em geral e garantia processual de primeira ordem(...), em todo o caso de inquestionável vigência num Estado de Direito como garantia do cidadão frente ao poder punitivo estatal* — na expressão de MONSERRAT DE HOYOS, Sancho, pág. 256 CJP en La EU — La ODE, 1.ª Ed — 2005, IEE-Universidad de Valladolid e que, segundo o mesmo, até àquela data (2005), não atingira um reconhecimento e protecção suficientes nos instrumentos normativos aplicáveis na União Europeia (*idem*, cfr pág 256, ponto 2) quer por falta de expressa definição e garantia de todos os seus pressupostos operativos no âmbito transnacional quer por falta de ratificação por todos os Estados Membros de diversos instrumentos internacionais ou comunitários.

² *Inter allia*, defendendo a universalidade do princípio: EL “*NE BIS IN IDEM*” EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA (EN BUSCA DE COHERENCIA ¿JUZGAMIENTOS MÚLTIPLES O SÓLO UNO?”) (artigo pub. na Fac. Dto. Buenos Aires incluído no volume “Garantías constitucionales en la investigación penal” compilado por Florencia Plazas y Luciano

prudencial das jurisdições internacionais, em especial a do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias — TJCE, (agora da União Europeia, na formulação do Tratado de Lisboa) e do TEDH (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem), o princípio *ne bis in idem*, nos últimos tempos, universalizou-se claramente e passou de vez os confins dos ordenamentos jurídicos internos estaduais.

Essa evolução⁴ alinha-se em dois planos distintos: o regional europeu e o internacional (em sentido mais amplo), sendo certo que a sua aplicação a partir da jurisprudência do TJCE se reflecte a partir do debruçar lido da interpretação da normatividade expressa na Convenção de Aplicação do Acordo Schengen, em particular nos arts. 54.º a 58.º (CAAS, cap. III do Título III)

Tida como provavelmente a melhor amostragem desse activismo judicial em busca da construção de uma verdadeira cidadania europeia, ela assenta nas implicações inerentes ao sentido e natureza do princípio do reconhecimento mútuo e na construção do Espaço Judicial Europeu e cujo resultado tem sido tanto o de expandir a intervenção do direito penal como o traçar de novos caminhos e limites para a cooperação penal internacional no âmbito, ao menos, do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ) em contrapeso com a dignidade dos cidadãos, expressa na ampla liberdade, sobretudo, na vertente da livre deslocação no espaço comunitário, em sintonia com a maior garantia da segurança jurídica das decisões judiciais definitivas.

Por restrição de tempo e exiguidade editorial do espaço em texto, alinhando apenas o intencional esforço de divulgação que nos propomos, não se cuidará aqui de alinhar considerações ou desenvolvimentos acerca das problemáticas em que o princípio se implica, nomeadamente em relação aos delitos de maior gravidade (contra a Humanidade) de que se ocupa o Tribunal Penal Internacional e que levantam problemas tão complexos como o dos efeitos jurídicos

Hazan, ed. Del Puerto, 2006. — http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=65: “El resguardo frente a la doble persecución penal goza, indudablemente, de un sólido arraigo. Consagrado actualmente en instrumentos internacionales adoptados por gran cantidad de países del mundo, puede afirmarse que se trata de un *principio de vigencia universal*. Sin embargo, la indagación acerca de sus orígenes históricos y de su aplicación en derecho comparado conduce, como creo haberlo puesto de resalto en el trabajo “*Una regla que confirma sus excepciones: ne bis in idem*” a muchas más perplejidades que certezas. Se lo suele proclamar de manera categórica pero se lo aplica con muchas y muy importantes salvedades.(...)”

³ Em Portugal, veja-se, a título de referência incontornável, a tese de mestrado de RAMOS, Vânia Costa, *Ne bis in idem e União Europeia*, Coimbra Ed., 2009 e o artigo de Alberto Medina de Seíça, *A aplicação do princípio ne bis in idem na EU (aspectos de um processo ainda não transitado)* — 31.12.2008, pub. in *Estudos de Homenagem ao Prof Figueiredo Dias*, vol I, de págs 935 a 1003, BFDUC-2009. Também PEREIRA, Luís Silva e MARTINS, Teresa Alves, *O principio ne bis in idem e os conflitos internacionais de jurisdição*, «Revista do CEJ — Dossiê Temático Espaço Judiciário Europeu» 2.º Semestre de 2007, n.º 7, pág. 313 e ss. Pela sua abrangência de reflexões, textos e actualidade, sugere-se ainda a obra coordenada por ARROYO ZAPATERO, Luís, citada na nota de texto seguinte.

⁴ Cfr Comentário sinóptico à obra *El Principio de ne bis in idem en el Derecho Penal Europeo e Internacional*, de ARROYO ZAPATERO, LUIS, Universidad de Castilla-la Mancha

de processos ecrã (*pantalla*) ou de vergonhosas leis extintivas de responsabilidade penal com as quais se tem pretendido pôr um ponto final e evitar a condenação dos autores daqueles delitos ou problemas como o da conformação do princípio *ne bis in idem* em face de casos em que se procura aplicar a interdição de dupla sanção quer entre diversos Estados quer também verticalmente entre decisões emitidas por Tribunais Internacionais e nacionais

2. A DESCOMPRESSÃO (?) JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

O princípio *ne bis in idem* tem na sua base expressiva e mais nuclear, embora em si mesma redutora, não obstante o *acquis* jurisprudencial da última década sobrevivendo sobretudo do TJCE, o reconhecimento geral de que ninguém pode ser condenado mais de uma vez (*ne bis*) pelo mesmo (*idem*) delito. Não obstante, ele tem vindo a ser entendido com uma amplitude muito para além desta em que literalmente parece implicar-se, como adiante explicaremos melhor. Seja como for, para o prático do direito é absolutamente indispensável que compreenda o essencial dessa abrangência quando se confronte com a sua aplicação no ou também a partir do direito interno do seu país⁵. Um exemplo disso e já recorrente será, entre muitos outros (como na extradição ao abrigo da Lei 144/99), o problema de saber se, recebido em Portugal um mandado de detenção europeu (mde) para entrega de pessoa

⁵ Cfr já a atenção ao tema revelada no *Ac. TRE 03-05-2005* no site www.dgsi.pt: 2 “(...) — “o princípio *non bis in idem* tem o seu campo de aplicação preferencial ou, se quisermos, a sua delimitação conceptual, na existência de sentença transitada em julgado. Os efeitos positivos da sentença transitada determinam o carácter negativo do *non bis in idem*, na medida em que este impede um novo processo sobre os mesmos factos (neste sentido veja-se a Convenção Europeia n.º 70 de 28 de Maio de 1970, sobre a validade internacional das sentenças penais). — Ainda que a nível interno se reconheça amplamente a vigência do princípio *non bis in idem* em todas as jurisdições através da instituição do caso julgado, o certo é que tal princípio tem sido, tradicionalmente, desatendido nas relações internacionais com fundamento no claro domínio da soberania do Estado especialmente em matéria tão sensível como a penal.; (...) No âmbito da União Europeia a regulação do princípio *non bis in idem* tem como antecedente a Convenção entre Estados membros das Comunidades Europeias de 25 de Maio de 1987, sobre a aplicação do princípio *ne bis in idem*, que no entanto nunca entrou em vigor por falta das ratificações necessárias. No entanto o art. 55.º da Convenção de Aplicação dos Acordos de Schengen de 1990 veio a regular a questão em termos semelhantes aos da Convenção n.º 70 com a diferença de que a Convenção de Schengen não considera as sentenças absolutórias como geradoras de tal efeito. (...) O Conselho da Europa mostrou a sua preocupação pela questão na citada Convenção n.º 70. No seu art. 53.º regula a aplicação deste princípio e determina que a pessoa sobre a qual haja recaído uma sentença penal não poderá ser processada, nem condenada, nem submetida ao cumprimento de uma sanção, pelos mesmos factos, noutra Estado. Posteriormente, e no âmbito do Conselho da Europa, a questão voltou a ser objecto de regulamentação no art. 35.º da Convenção Europeia de 15 de Maio de 1972, sobre a transmissão de procedimentos em matéria penal. (...) Um salto qualitativo na evolução do princípio teve lugar ao reconhecer-se, na Lei Quadro sobre o MDE, o efeito do caso julgado não só na sentença proferida no Estado de execução mas também na ditada em qualquer outro Estado membro da União ou terceiro” (sic, *Ac. referido*)

condenada (ou então apenas tendo contra ela em curso um procedimento criminal) a outro país da UE por um dos crimes de catálogo do art. 2.º da DQ 2002/584/JHA de 13 de Junho de 2002 (implementada em Portugal pela Lei 65/2003, de 23 de Agosto, em que medida o juiz nacional pode (ou deve) recusar a sua execução (ao abrigo das várias hipóteses concedidas no Âmbito dos arts. 11.º, al. b) e 12.º, n.º 1 al. b), c), d) e f) da referida Lei 65/2003, com base numa apreciação prévia da existência de prossecução penal interna por factos idênticos ou da tipologia jurídica dessa condenação.

À partida, o problema parece simples na formulação, mas complica-se quando se começa a perceber que, afinal, nesta e noutras matérias, o TJCE, sobretudo na sequência de pedidos de reenvio prejudicial e, em certa medida, nas vertentes “internas” o TEDH⁶, já tiveram ocasião de se debruçar⁷.

3. OS PROBLEMAS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

Saber pois o que são “*mesmos factos*”, o que significa e abrange o conceito de “*condenação definitiva*”, que natureza (ou identidade) de procedimentos se compreende no significado de procedimento “*penal*” quando alguém é condenado em prisão como sanção resultante de um processo disciplinar/administrativo (infra caso *Zolotoukhine*), qual o grau de *autonomia* do juiz nacional para interpretar o conceito de *ne bis in idem* ou, ainda, qual o âmbito de aplicação do conceito vertido nos arts. 54.º e ss. da CAAS em confronto com o decorrente dos arts. 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) constituem pólos para discussão de inúmeras *vexata quaestio* que mantêm a sua actualidade⁸ e merecem permanente atenção⁹. E nem sequer se pode dizer também, que as questões arguíveis

⁶ Cfr., recentemente, *Zolotoukhine c. Russie* de 10.2.2009 (caso n.º 14.939/03) em sede de violação do art. 4.º do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Este Protocolo está em vigor desde 1/11/1988, foi até à presente data (27.1.2011) ratificado por 42 países (vide estado respectivo em : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=7&DF=27/01/2011&CL=FRE>), surgiu na sequência da necessidade de conformação da CEDH com outros textos internacionais como o PIDCP. Considerava-se porém que já antes dele se poderia retirar do art. 6.º, n.º 1, da CEDH um alcance proibitivo de *bis in idem*, apesar de a convenção não o reconhecer expressamente. Por todos, vide MONSERRAT DE HOYOS (nota 1)

⁷ Como aconteceu com os casos *Mantello*: —C-261/09; *Turanský*:—C491/07; *Bourquain*:—C-297/07; *Kretzinger*: — C-288/05; *Kraaijenbrink*: — C367/05; *Van Straaten*: — 150/05; *Gasparini*: — C-467/04; *Van Esbroeck*: — C436/04; *Miraglia*: C469/03; *Gözütok e Brügge* (C-187/01 e C-385/01). Os casos *Bouwens* (C-272/05) e *Hiebler* (C-493/03) foram retirados.

⁸ A Comissão Europeia já em 2000 manifestara preocupação sobre as questões emergentes do problema do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em confronto com a aplicação do *ne bis in idem*, por ocasião “Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu Reconhecimento mútuo de decisões finais em matéria penal / * COM/2000/0495 final */ “— vide site <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0495:PT:HTML>

⁹ Para além da “*case-law*” sobre cooperação judicial e policial em matéria criminal, num plano mais abrangente poderíamos, ainda, expandir a problemática em causa a assuntos em matéria de *concorrência*, como foi assumido nos casos *Limburgse Vynil Maatschappij NV (LVM) and others v. Commission*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99,

se limitem a tais enunciados, se pensarmos, nomeadamente, nas dificuldades que pode oferecer a sua inserção na avaliação do instituto da reincidência¹⁰. Não será porém, assunto que, aqui e por agora, nos irá ocupar.

4. O PANO DE FUNDO DA RELEVÂNCIA TRANSNACIONAL DO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

Feita assim a prova do interesse do tema e da relevância transnacional do princípio é altura de entrar mais em pano de fundo relativo à aplicação prática do mesmo. Na verdade, a sua relevância prática ultrapassa os ordenamentos jurídicos internos dos Estados a partir do momento em que se expandiu e acelerou a globalização económica e social, a livre circulação de pessoas e a cooperação em matéria penal, na UE em particular.

Essa relevância, como bem o salientou RAMOS, (nota 3), p 52., para além das fronteiras do plano normativo, de onde a Grécia (Diário Oficial C 100 de 26.4.2003 — Bruxelas, 23.12.2005 — COM(2005) 696 final)¹¹ teve a iniciativa de propor a adopção de uma DQ do Conselho da União relativa à aplicação do princípio *ne bis in idem*, a qual não teve logo expressiva continuidade (excepto no seguimento da retoma dessa intenção no Livro Verde sobre conflitos de competência e o *ne bis in idem* no âmbito dos

§ 59, de 15 Outubro de 2002, de onde se conclui que o TJCE reconheceu o *ne bis in idem* como um princípio fundamental do Direito da União à luz do art. 4.º (1) do P7 (Protocolo n.º 7) da CEDH, ou dos casos *Aalborg Portland and Others v. Commission*, C-204/00P, 205/00P, 211/00P, 213/00P, 217/00P, 219/00P, § 338, de 7.1.2004 (conceito de *mesmos factos*) ou mesmo ainda à relação com a aplicação de outros normativos inclusos em textos internacionais como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) — (art. 14.º (7), em comparação com a diferente terminologia usada, por um lado, na CAAS — art. 54 (*mesmos factos*) e, por outro lado, com a usada (*mesma infracção*) quer no art. 4.º do P7 à CEDH quer na CDFUE (art. 50.º) quer ainda no art. 14.º § 7 do PIDCP, pondo desde logo por aí a questão de saber se estamos perante *ne bis in idem* quando os *mesmos factos* sejam qualificados juridicamente de forma diferente.

¹⁰ Veja-se a discussão trazida ao tema, nesta vertente: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8884/principio-do-non-bis-in-idem> Princípio do "non bis in idem" uma releitura à luz do direito penal constitucionalizado — 8.2.2006, Jorio, Israel Domingos : — "Proliferaram, recentemente, críticas e soluções inovadoras destinadas ao trato do problemático *bis in idem* (algumas, inclusive, merecedoras de maior reflexão e melhor elaboração — como esta que apresentamos por último, capaz de *imobilizar* o magistrado ou de *engessar* a metodologia de cálculo da pena). A grande preocupação com a dupla (ou múltipla) punição suscitou ponderações sobre várias das facetas do complexo procedimento de determinação da pena. O que nos intriga é que, apesar da epidémica valorização do Princípio do *Non Bis In Idem*, e da fecunda multiplicação de críticas relativas ao seu descumprimento, não se tenha dado a devida importância a um velho e desgastado instituto penal. Vem passando em branco, praticamente ileso, a questionável *reincidência*. Evidentemente, conhecemos a justificativa universal para a consideração da reincidência: "não é o primeiro fato que determina o aumento da pena; é a *reincidência* em si, o fato de praticar o agente uma nova infracção penal após já haver sido condenado". O discurso não consegue ocultar seu tom falacioso. Pois, na verdade, se eliminarmos o fato pretérito e considerarmos inexistente aquele evento pelo qual o agente já cumpriu ou está cumprindo pena, teremos a fatal redução da pena e a amenização da sua forma de execução. (sic).

¹¹ Cfr a versão em PT no site : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2005&nu_doc=696

procedimentos penais) é ainda demonstrada pela circunstância de, desde a atribuição de competências ao TJCE para interpretar o art. 54.º da CAAS em pelo menos onze casos (vide nota 7, onde se identificam apenas os casos já decididos) já teve de se pronunciar após colocação de várias questões a título prejudicial.

Também a invocação do *ne bis in idem* da CAAS no plano nacional foi desde logo detectável, a título de exemplo, em casos como os contidos nos Ac RE de 3.5.2005 e da RL de 8.3.2006 ou no proc. 26515/96.5TDLSb da 8.ª Vara Criminal de Lisboa sendo certo que tem assumido uma particular relevância ao fazer parte quer do elenco de motivos de recusa obrigatória quer facultativa no âmbito do MDE (art. 11.º e 12.º da Lei 65/2003)

A aplicação do princípio *ne bis in idem* a partir da CAAS (também chamado de Shengen II), está regulada nos arts. 54.º a 58.º Tanto este princípio como a transmissão de execução de sentenças penais não estão expressamente previstos na alínea *b*) do artigo 18.º do Acordo de Schengen e encontram-se já fora do capítulo referente a entreaajuda judiciária na dita Convenção. Noutros acordos internacionais nestas matérias não se verifica a sua inclusão nas suas obrigações. No entanto a maior parte das legislações europeias considera o princípio *ne bis in idem* como um princípio básico das suas leis criminais. Verifica-se assim que este princípio será facilmente aceite pelos diferentes Estados, pois vai ao encontro das suas disposições legais. Nesse plano torna-se seguramente incontornável¹².

¹² Com interesse, veja-se a posição de JAIME de LAMO, Rubio, in *Principio "Non Bis In Idem" y Principio de Buena Fe Procesal: efectos de la invocación tardía de la vulneración del Ne Bis In Idem*, Set 2001 — <http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200109-5551720810142621.html> : (...) "El denominado principio "*non bis in idem*", si bien no aparece expresamente reconocido en el texto constitucional, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, ha de estimarse comprendido en su art. 25.1, en cuanto *integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal* con el que guarda íntima relación (SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 221/1997, entre otras). (...) Como ha proclamado el Tribunal Constitucional "... el principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones — administrativa y penal — en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración — relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc... — que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración..." (STS 2/1981). (...) Posteriormente, se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues "...semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia; (...) Esta dimensión procesal del principio *ne bis in idem* cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material. En efecto, si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el art. 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese *mismo hecho*, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita. (...) Desde esta perspectiva sustancial, el principio de *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos

O art. 54.º da CAAS define o princípio *ne bis in idem*, o artigo 55.º indica os três casos em que os estados na altura da ratificação desta Convenção têm possibilidade de declarar que não pretendem ficar vinculados pela aplicação deste princípio.

Por sua vez o artigo 57.º prevê uma situação em que, para evitar que uma pessoa seja julgada pelos mesmos factos em Estados diferentes, haverá uma *troca de informações* entre as autoridades judiciais, troca essa que deverá ser efectuada o mais rapidamente possível; no caso de a acção judicial já ter sido intentada de acordo com o artigo 56.º, poderá ser *descontada na sanção* que vier a ser aplicada o *período de privação de liberdade* já cumprido no território da outra parte contratante.

Neste mesmo normativo retira-se ainda que *outras sanções diferentes* das privativas de liberdade, se já cumpridas, *serão tidas em conta na aplicação da sanção* no outro estado que também é parte contratante.

5. A CONFIANÇA MÚTUA NOS ORDENAMENTOS JURIDICOS DOS EM COMO GARANTIA DA EVOLUÇÃO DA COOPERAÇÃO ENTRE OS EM

O princípio *ne bis in idem* previsto no capítulo relativo à cooperação judiciária é essencial também para a cooperação policial pois quanto mais forte for esta cooperação mais importante é este princípio. Esta *cedência* que em resultado deste princípio os Estados fazem uns aos outros, resulta de uma *confiança mútua* que têm que ter no sistema judicial do outro estado, mesmo que seja diferente do seu. No entanto, na prática os Estados pretendem continuar a julgar as pessoas no seu território, mesmo que já tenham sido julgadas pelos mesmos factos no território de outra parte contratante, não aplicando assim o princípio *ne bis in idem* ou impondo-lhe restrições. Alguns EM não assinaram (ou ratificaram) o acordo de 1987 entre os Estados membros da União Europeia relativa à aplicação do princípio *ne bis in idem*. De todo o modo, para que este princípio transnacional funcione tem de haver aceitação e respeito pelas sentenças¹³ emitidas em cada estado, quer por

hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado.”

¹³ No ponto 6.2. "*Ne bis in idem*" da aludida comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, em 2000, (doc 52000DC0495) exprime-se detalhadamente importância do reconhecimento mútuo:

«O reconhecimento de uma sentença significa, antes de mais, que essa sentença deve ser tomada em consideração. Neste âmbito, um aspecto relevante é o denominado princípio "ne bis in idem" [12] (...). O reconhecimento mútuo integral que se prevê seja alcançado entre os Estados-Membros deverá basear-se no princípio de que uma decisão adoptada por qualquer autoridade da União Europeia soluciona integralmente o assunto, não sendo necessária qualquer outra decisão — isto é, no princípio do procedimento exaustivo. [14] As legislações nacionais ou os instrumentos jurídicos internacionais em vigor nem sempre prevêem a apreciação do princípio *ne bis in idem* para efeitos de decisões de absolvição. Por vezes, a absolvição por falta de provas de que o alegado delito foi efectivamente cometido (nestes

razões de segurança jurídica quer por motivos ainda inerentes à salvaguarda das franjas de soberania, sobretudo em matéria penal¹⁴ ainda muito protegidas por cada Estado nos seus domínios territoriais e jurisdicionais.

Contudo, tem-se ainda com relativa frequência uma *concepção meramente incidental* do princípio *ne bis in idem* não obstante existir um desenvolvimento dogmático demonstrativo de este ser considerado dentro das garantias orgânicas jurisdicionais e ao mesmo nível quer dos chamados *princípios* da proporcionalidade, da boa fé e da segurança jurídica, conhecidos como princípios gerais do Direito quer ao lado dos princípios processuais conhecidos como o “*nulla poena sine lege*”, o “*nulla poena sine iudicio*”, o da *presunção de inocência*, do *juiz natural* ou ainda o do *direito de defesa*.

Daqui pode então concluir-se que aquele princípio de modo algum pode ser tido como subsidiário das demais garantias protectoras da liberdade individual, pois não é deles acessório e não nasce do processo mas sim muito antes dele, e actua como regulador do processo judicial e administrativo, assumindo uma importância nuclear na estrutura do *ius puniendi* estadual e legitima-se como substrato dinamizador do instituto do *caso julgado* e da *litispendência*¹⁵.

Na verdade, quando correctamente aplicado, serve como garantia jurídico-política protectora da liberdade individual e nele as sentenças se legitimam ao abrigo de normas internas constitucionais ou previstas em textos internacionais sobre Direitos Humanos¹⁶.

6. A EVOLUÇÃO EM APROFUNDAMENTO DA INTEGRAÇÃO E DA COOPERAÇÃO EM MATÉRIA PENAL.

Toda a evolução do *ne bis in idem* na EU na sua vertente transnacional liga-se ao aprofundamento quer da integração quer da cooperação em maté-

casos, o princípio *ne bis in idem* é geralmente aceite) é distinguida dos casos em que o acto cometido não é considerado delito pelo Estado que adoptou a decisão (nestes casos, frequentemente, o princípio *ne bis in idem* não é aceite). Embora simples à primeira vista, o princípio *ne bis in idem* suscita numerosas dificuldades em aspectos específicos. Estas questões centram-se na definição de “*idem*”: os “*mesmos factos*” ou o “*mesmo delito*” — No que se refere às relações entre os Estados-Membros, os instrumentos jurídicos internacionais existentes poderão ter de ser completados ou eventualmente substituídos por instrumentos que regulem mais claramente o princípio *ne bis in idem*.(...)»

¹⁴ Na exposição, entre inúmeras possibilidades, optou-se por seguir de muito perto a clareza de exposição em PENA, Gustavo Teodoro Andrade. Princípio do “*non bis in idem*”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 80, 01/09/2010, e site da Internet: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8353#_edn1.

¹⁵ “Princípio “*Non bis in idem* y el Principio de la Buena Fe Procesal: efectos de la invocación tardía de la vulneración del *Ne bis in idem*” Jaime de Lamo Rubio. <http://Noticias.juridicas.com>

¹⁶ Vide entre outros citados, a cláusula 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”). Também aqui a expressão *mesmos factos* é menos restritiva que a contida no PIDCP — “*mesmo delito*” bastando o elemento material para a sua caracterização e não os elementos típico-jurídicos.

ria penal. Até então, ainda no quadro das comunidades europeias e da limitação à integração económica bem como à mingua de referências expressas nos tratados em matéria de direitos fundamentais, o princípio assumia apenas uma vertente *interna* estadual, se bem que já em 1966, no âmbito do Acórdão *Gütman c. Comissão da CEEA*, o TJCE tenha reconhecido a validade do princípio em matéria disciplinar¹⁷, estando em causa múltiplos procedimentos disciplinares pela mesma autoridade e em relação a infracções à ordem jurídica comunitária.

Foi sobretudo a partir dos anos 80 que a vertente transnacional do princípio começou a ganhar força, com o AUE (1986). Na verdade, já em 1984 o PE alertara por via de uma resolução de 16 de Março desse ano, em linha de conta com o futuro Protocolo n.º 7 à CEDH, ainda em projecto, sobre a necessidade de ratificação das convenções do Conselho da Europa que previam o *ne bis in idem* transnacional e da transposição para os direitos nacionais, com o argumento de que a sua omissão impedia a liberdade de circulação de pessoas e a realização de um espaço económico único mas também que os direitos fundamentais tinham uma relevância central, eram aceites como princípios de direito comunitário e que tal não autorizava que o *ne bis in idem* fosse deles excepcionado, dado o seu inegável contributo para proteger a liberdade individual para garantir a paz social, através, lá está, do reconhecimento das decisões penais (cfr. ainda RAMOS (notas 160 e 161), p. 72).

Fracassadas de facto as Convenções do Conselho da Europa (CE) sobre a validade Internacional dos julgamentos penais e do estabelecimento do *ne bis in idem* transnacional (esta de 25.5.1987)¹⁸, o Acordo de Schengen (Schengen I), de 14.06.85, celebrado entre 5 Estados (AL / FR e os 3 do Benelux) proclamador de intenções visando a formação de um espaço sem fronteiras, veio a atingir a sua vocação com a já aludida CAAS (chamada de Schengen II) de 19.06.1990, em vigor desde 01.9.93 mas implementada apenas em 26.3.1995 e cujos arts. 54.º a 58.º, ao que nos interessa agora em particular, passando a prever normas concretas sobre o princípio *ne bis in idem*, como forma de estabelecer um *contrapeso de protecção* dos indivíduos contra eventuais abusos decorrentes da troca de informações entre autoridades punitivas dos EM e para evitar desperdícios de recursos e perda de eficácia com duplicação de procedimentos no novo espaço sem fronteiras.

Na verdade, o sucesso da CAAS teve por base e fundamento a necessidade dos EM em desenvolverem a cooperação em matéria penal face ao dismantelar das fronteiras com a concomitante maior circulação de criminalidade transnacional. Com a incorporação por via do Tratado de Amesterdão de 2.05.1999, do «Acervo SCHENGEN» no teor dos Tratados (por Protocolo anexo)

¹⁷ Cfr RAMOS (nota 3), pág. 71, e nota 156, com mais jurisprudência aí citada. O caso teve a identificação C-18/65 e C-35/65

¹⁸ Cfr também outros instrumentos convencionais que passaram a prever o *ne bis in idem*, como a Convenção PIF (26.7.95) ou a Convenção de 26.5.97 relativa à luta contra a corrupção de funcionários das CE ou dos EM.

e com a recondução da inserção capitular normativa do *ne bis in idem* ao âmbito do III Pilar bem como, ainda, com a sua inevitável subordinação expressa às finalidades do TUE, o TJCE passou a possuir competência clara para decidir a título prejudicial sobre a aplicação as disposições relativas ao *ne bis in idem* e, desde logo, em consequência da integração do sobredito Acervo¹⁹.

Contudo, é comumente sabido, foi a partir do *Conselho Europeu de Tampere* (em 15/16 de Outubro de 1999)²⁰ que a cooperação internacional em matéria penal, assente no princípio do mútuo reconhecimento, passou a ter um rumo sem precedentes, porquanto tinha como pressuposta a garantia dos EM de um grau de protecção dos direitos fundamentais elevado e equivalente, à luz da CEDH e do TEDH²¹ e a aferição nessa constelação de validade no ELSJ, quanto às decisões internas.

Adoptaram-se a partir de então programas de acção (Haia — 2004-2009) e de Estocolmo (2009-2014)^{22 23}, e criaram-se mecanismos e condições quer de elaboração quer de implementação da Carta dos Direitos Fundamentais da UE (CDFUE) — até ao Tratado de Lisboa, porém, desprovida ainda de vinculatividade jurídica²⁴.

Considerado uma prioridade de desenvolvimento do ELSJ, o reforço do *ne bis in idem* no âmbito da EU, passou a ter uma expressão notável sobre-

¹⁹ Com a vigência do Tratado de Lisboa desde 01.12.2009, a inserção sistemática do acervo Schengen deve ser articulada quer com o disposto no art. 51.º do TUE (na versão do TL) quer com o Protocolo n.º 19 relativo ao Acervo de Schengen integrado no âmbito da União Europeia. Refere-se ainda, a *latere*, que com o TL a estrutura em pilares foi abolida.

²⁰ Sobre as conclusões da Presidência, consultar: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm

²¹ Está ainda por demonstrar, não obstante a actuação cada vez mais intensa do TEDH em domínios múltiplos, tratar-se de uma espécie de juiz legal em matéria de direitos fundamentais, mesmo no âmbito de competências transferidas para a União, como que fazendo dele um tribunal supremo, num constitucionalismo europeu especial, *sui generis*, e em evolução, sobretudo tendo em conta a conformidade da necessária triangulação entre as decisões deles proferidas, as do TJUE e as dos Tribunais nacionais.

²² Adoptado no Conselho Europeu de 4 e 5 de Novembro de 2004, o Programa de Haia plurianual enumerava 10 prioridades da União tendo em vista reforçar o espaço de liberdade, de segurança e de justiça para os cinco anos seguintes; http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116002_pt.htm

²³ O Programa de Estocolmo, adoptado pelo Conselho Europeu em Dezembro de 2009, fixa as prioridades relativas ao desenvolvimento do espaço europeu de liberdade, de segurança e de justiça para os cinco anos seguintes; cfr Documento do Conselho n.º 17024/09, adoptado pelo Conselho Europeu de 10/11 de Dezembro de 2009 e ainda o site: http://ec.europa.eu/portugal/cidadania/destaques/programa_estocolmo_liberdade_seguranca_justica_pt.htm

²⁴ Sobre a sua invocabilidade, não obstante a sobredita não vigência, *vide* DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2006, pág. 146 e ss. Com o Tratado de Lisboa a CDFUE de 7.12.2000 passou a ser reconhecida no enunciado dela constante relativo aos direitos, liberdades e princípios, com as adaptações introduzidas em 12 de Dezembro de 2007 em Estrasburgo e com o mesmo valor jurídico dos Tratados, devendo aqueles serem interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação, e tendo na devida conta as anotações a que a carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições. De entre as Declarações anexadas à Acta Final da CIG que aprovou o TL em 13.12.2007, pode encontra-se a Declaração Relativa à CDFUE onde se alude expressamente à sua *vinculatividade jurídica*, confirmando-se assim os direitos fundamentais tal como os garante a CEDH e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros.

tudo na cooperação penal entre os EM, na prevenção e repressão da criminalidade e assumiu a sua marca directa em alguns dos instrumentos vários nascidos desse desenvolvimento, dos quais avultam a DQ 2002/584/JHA de 13 de Junho relativa ao MDE, e outras, aprovadas ou em discussão, como a DQ relativa à execução na EU de decisões sobre congelamento de bens ou de obtenção de provas, de reconhecimento e execução de decisões de confisco, de reconhecimento de penas suspensas, sanções alternativas e condenações condicionais, de reconhecimento de decisões inibitórias de direitos, de reconhecimento mútuo de sanções pecuniárias e muitas outras mais.

Está assim consolidado que o princípio *ne bis in idem*, na sua evolução para a transnacionalidade tem agora, sem dúvida, como finalidades, a *segurança jurídica individual*, salvaguarda da liberdade e, em derradeira função, a *protecção da dignidade individual*. Mas, apesar disso, a ser violado ou esquecido, dando-se azo a que litígios múltiplos punitivos se sobreponham ou multipliquem, sem lhe pôr fim, fica desprotegida a paz social e jurídica e enfraquecida a confiança mútua na justiça dos outros Estados Membros. De todo o modo, a sua positivação e aplicação permitem uma maior previsibilidade do tipo de resposta-punitiva estadual às condutas anómicas dos cidadãos, uma utilização mais eficaz dos escassos recursos Estaduais ao dirigirem-se apenas às acções punitivas indispensáveis e a garantia da amplificação dos efeitos de prevenção geral a nível transnacional. Daí à potenciação de uma melhor ressocialização e da acção das autoridades Estaduais em torno da construção da ideia “*um facto-um processo apenas*”, vai um salto evolutivo enorme.

O papel da concretização jurisprudencial à luz da interpretação dos arts. 54.º e ss. da CAAS desempenhado pelo TJCE (agora TJUE com o TL) merece pois ser observado em maior detalhe, por razões didácticas, já que ele se assume essencial para o prático do direito, sobretudo ao nível do direito penal e processual, área que agora cada vez mais nos pede a atenção²⁵.

²⁵ Dada a limitação editorial de espaço de texto e, lamentavelmente para os fins que ainda nos propúnhamos, não iremos aqui poder fazer análise detalhada do papel, nesta temática do *ne bis in idem* — quando muito o referiremos a título meramente incidental — da jurisprudência do TEDH. Porém, caberá aqui aproveitar a oportunidade para salientar a sua relevância, porquanto “um Acórdão do Tribunal só adquire a autoridade de caso julgado entre as partes, queixoso e Estado requerido, não tendo portanto eficácia *erga omnes*, entendida no sentido clássico da expressão, na medida em que não obriga os outros Estados a tomarem as medidas constantes do seu dispositivo. Contudo, isto não impede que os acórdãos do Tribunal, enquanto interpretam as disposições da Convenção, adquiram uma autoridade própria que se exerce sobre todos os Estados contratantes; é preciso não esquecer que, pela natureza das suas funções, o Tribunal é a instância encarregue de interpretar a Convenção, de acordo com o seu art. 32.º, n.º 1, e, como tal, qualificada para fixar o sentido e o conteúdo das noções ali inscritas. (*apud* BARRETO, Ireneu Cabral, *As relações entre a Convenção, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as Instâncias nacionais*, STJ, 10 de Novembro de 2008. Mas, em matéria de “núcleo duro” da CEDH, questão complexa é a de saber até onde vai a «margem de apreciação» das instâncias Estaduais, pois da análise da jurisprudência parece resultar que, mesmos face aos direitos absolutos, como será o caso do *ne bis in idem* ainda poderá subsistir uma certa margem de apreciação relativamente a determinados aspectos. Ver, criticamente, DE SALVIA, Michel, «*Contrôle européen et principe de subsi-*

7. O ACQUIS JURISPRUDENCIAL INCIDENTE NA INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 54.º E SS DA CAAS E A SUA LIGAÇÃO AOS ARTS. 4.º, N.º 1, DO PROTOCOLO 7 ANEXO À CEDH E, APÓS O TRATADO DE LISBOA, AO 50.º DA CDFUE.

7.1. O Capítulo III da CAAS (Aplicação do Princípio *ne bis in idem*) dispõe assim:

Artigo 54.º

Aquele que tenha sido *definitivamente julgado* por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos *mesmos factos*, ser submetido a *uma acção 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.

Artigo 55.º

(...)

Artigo 56.º

Se uma *nova acção judicial* for intentada por uma Parte Contratante contra uma pessoa que tenha sido *definitivamente julgada pelos mesmos factos* por um tribunal de uma outra Parte Contratante, será *descontado na sanção* que venha a ser eventualmente imposta qualquer período de privação de liberdade cumprido no território desta última Parte Contratante por esses factos. Serão igualmente tidas em conta, na medida em que as legislações nacionais o permitam, sanções diferentes das privativas de liberdade que tenham já sido cumpridas.

Artigo 57.º

1. Sempre que uma pessoa seja acusada de uma infracção por uma Parte Contratante e as autoridades competentes desta Parte Contratante tiverem razões para crer que *a acusação se refere aos mesmos factos* relativamente aos quais foi *já definitivamente julgada* por um tribunal de outra Parte Contratante, essas autoridades solicitarão, se o considerarem necessário, *informações pertinentes* às autoridades competentes da Parte Contratante em cujo território foi já tomada a decisão.

diarité: faut-il encore (et toujours) émarginer à la marge d'appréciation», in Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Colónia, 2000, pág. 373.

2. As informações solicitadas serão fornecidas o mais rapidamente possível e serão tomadas em consideração para o seguimento a dar ao processo em curso.

3. (...)

Artigo 58.º

O disposto nos artigos anteriores não prejudica a *aplicação das disposições nacionais mais amplas relativas ao efeito ne bis in idem* associado às decisões judiciais proferidas no estrangeiro.²⁶

Por sua vez, dispõe o *art. 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH* que:

«1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi *absolvido* ou *condenado* por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.

2. (...)

3. (...).»

E por fim, com interesse comparado, tendo em conta os casos em que um EM não pertença à área abrangida pelos Schengen, veja-se o conteúdo do *Artigo 50.º da CDFUE*²⁷ «Ninguém pode ser *jugado 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».

7.2. Tem-se discutido na doutrina²⁸ se o princípio *ne bis in idem* se apoia numa dupla fundamentação: se apenas no princípio da *culpa*, que seria assim

²⁶ Itálicos nossos

²⁷ Em Junho de 1999, o Conselho Europeu de Colónia considerou oportuno consagrar numa Carta os direitos fundamentais em vigor ao nível da União Europeia (UE), por forma a conferir-lhes uma maior visibilidade. Os Chefes de Estado ou de Governo pretendiam incluir na Carta os princípios gerais consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 e os resultantes das tradições constitucionais comuns dos países da UE. Para além disso, a Carta devia incluir os direitos fundamentais próprios dos cidadãos da UE, bem como os direitos económicos e sociais consagrados na Carta Social do Conselho da Europa e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores. Reflectiria também os princípios decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A Carta foi elaborada por uma convenção composta por um representante de cada país da UE e da Comissão Europeia, bem como por deputados do Parlamento Europeu e dos parlamentos nacionais. Foi formalmente adoptada em Nice, em Dezembro de 2000, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho Europeu e pela Comissão Europeia. Em Dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Carta foi investida de efeito jurídico vinculativo, à semelhança dos Tratados. Para o efeito, a Carta foi alterada e proclamada pela segunda vez em Dezembro de 2007.

²⁸ Por todos, cfr HOYOS (nota 1), págs. 260 e ss. e BARJA DE QUIROGA, LÓPEZ, *El Principio non bis in idem*; Madrid, 2004, pág. 20 e ss. e *passim*, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Cizur Menor, 2004, págs. 397 e ss.

impeditivo da imposição ao mesmo sujeito pelos mesmos factos, de uma sanção (dupla ou múltipla) que exceda o limite proporcional dessa culpa, por um lado e, cumulativamente, por outro lado, se no mais amplo princípio da *segurança jurídica*, ele mesmo estreitamente ligado ao *caso julgado*, por aí implicante, também, da inadmissibilidade num Estado de Direito da permanente ameaça de imposição de diferentes sanções em simultâneo ou sucessivas no tempo e pelos mesmos factos, por via de duplas prossecuções penais com o mesmo objecto processual) a um mesmo indivíduo, pois que tal levaria a submissão da pessoa a um tratamento desumano.

No âmbito *transnacional*, a opção pelo primeiro fundamento permitiria a dupla prossecução pelos mesmos factos e bastaria ter-se em conta a sanção anterior aplicada num Estado e descontá-la na que fosse aplicada posteriormente num segundo processo por outro Estado. A opção pelo segundo dos fundamentos, (a considerar não tanto a culpa mas mais a segurança jurídica exigível), a prévia condenação (e mesmo uma absolvição) definitiva num Estado, impediria outro Estado requerido (na vertente de uma cooperação judiciária penal) o início ou sequer a continuação de um processo penal pelos mesmos factos contra a mesma pessoa²⁹.

Seria assim, por esta via, validada a aceitação plena da força dos efeitos do *caso julgado* das decisões judiciais e da sua compressão pelo direito à *tutela judicial efectiva*, actuando como um direito de *defesa negativo* dos cidadãos perante o poder de prossecução e de sancionamento (*ius puniendi*) dos Estados.

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 (QUIROGA — (nota 28) pág. 81 e ss.)

De todo o modo, o TJCE destacou já nos casos *Gözütok y Brügge*³⁰

²⁹ Sobre o direito comparado em alguns dos EM da EU, nesta matéria, *vide* referências em nota 155, p. 261 de Hoyos (nota 1)

³⁰ Ali foram colocadas ao TJCE as seguintes questões prejudiciais: a) No primeiro caso (Gözütok): «Verifica-se em relação à República Federal da Alemanha a extinção do procedimento penal nos termos do artigo 54.º da CAAS se, em conformidade com a legislação dos Países Baixos, o procedimento penal relativo aos mesmos factos estiver extinto a nível nacional? Verifica-se em particular a extinção do procedimento penal quando uma decisão do Ministério Público que ordene a suspensão do processo após o pagamento prévio de determinados encargos ('transactie'), 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?» b) No segundo caso (Brügge): «A aplicação do artigo 54.º do Acordo de Schengen, de 19 de Junho de 1990, permite que o Ministério Público belga acuse criminalmente um nacional alemão num tribunal penal belga e que este o julgue pelos mesmos factos relativamente aos quais o Ministério Público alemão lhe proporcionou, mediante um acordo amigável, o termo dum processo mediante o pagamento de uma quantia, que foi paga pelo cidadão alemão?».

A resposta do TJCE foi a seguinte: «O princípio *ne bis in idem*, previsto no artigo 54 da CCAS (...) aplica-se igualmente a procedimentos de extinção da acção penal, como os que estão em causa nos processos principais, pelos quais o Ministério Público de um Estado-Mem-

(C-187/01 e C-385/01, ponto 38) que uma das funções do art. 54.º da CAAS é precisamente o de constituir um elemento *garantístico do direito à livre circulação* de pessoas no espaço comunitário e em *Miraglia* (C-483/03, n.º 32, de 10 de Março de 2005)³¹ que o citado preceito pretende evitar que uma pessoa ao exercer o seu direito à livre circulação, se veja perseguida pelos mesmos factos em território de vários Estados membros.

Destacou ainda no primeiro caso e por via da protecção dessa livre circulação, que a noção de *juízo definitivo* não tem de passar pela limitação de aplicação apenas às decisões jurisdicionais extintivas da acção pública ou com a forma de sentença mas também por aquelas soluções simplificadas de resolução como as enunciadas nos casos submetidos. No caso *Miraglia*, porém, *a decisão do M.º P.º em arquivar o processo, sem apreciação de mérito*, renunciando à promoção de uma acção penal só por existir outro processo semelhante noutro Estado pelos mesmos factos, *nunca seria uma decisão definitiva para o efeito ne bis in idem* que estamos a considerar.

O tema do carácter *definitivo da decisão* foi ainda considerado nos casos (citados em nota 7) *Mantello* (a propósito, aqui, da execução de um mandado de detenção europeu), *Turanski*, *Bourquain* e *Van Straaten* (todos estes versando questões sobre a aplicação do art. 54.º da CAAS).

Por sua vez, o TJCE debruçou-se ainda sobre a temática da apreciação do que significa a expressão “*mesmos factos*”, (casos agora antes citados e *ainda os casos Kretzinger, Kraaijenbrink, Gasparini e Van Esbroeck*), sobre a de saber se tal abrange a diferenciação de qualificação jurídica dos mesmos factos por diferentes Estados, tendo em conta também o conteúdo do art. 4.º, n.º 1, do Protocolo 7 à CEDH (caso *Van Esbroeck*), qual o grau de autonomia do conceito e a que Tribunal compete apreciá-lo (*Mantello, Gasparini e Van Esbroeck*) e, finalmente, sobre o conceito de “*execução de pena*” para o fim

bro arquiva, sem intervenção de um órgão jurisdicional, o procedimento criminal instaurado nesse Estado, depois de o arguido ter satisfeito determinadas obrigações e, designadamente, ter pago determinada soma em dinheiro fixada pelo Ministério Público.»

³¹ Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunale di Bologna no âmbito do art. 54.º da CAAS: Deve aplicar-se o art. 54.º da CAAS de 14 de Junho de 1985 no caso de a decisão judiciária adoptada no primeiro Estado ser uma decisão de renúncia a promover a acção penal, sem qualquer juízo de apreciação dos factos e apenas assente no pressuposto de que já existe um procedimento noutro Estado? O TJCE respondeu assim à questão: “O princípio *non bis in idem*, consagrado no art. 54.º da Convenção de aplicação do acordo de Schengen, que tem por objectivo evitar que, pelo facto de exercer o seu direito de livre circulação, uma pessoa seja, pelos mesmos factos, alvo de acção penal no território de vários Estados-Membros, não é aplicável a uma decisão das autoridades judiciárias de um Estado-Membro que arquiva um processo, após o Ministério Público, sem qualquer apreciação de mérito, ter decidido não instaurar a acção penal com o único fundamento de já ter sido instaurada noutro Estado-Membro uma acção penal contra o mesmo arguido e pelos mesmos factos. Com efeito, essa decisão não pode constituir uma decisão que julga definitivamente uma pessoa na acepção do referido artigo 54.º A aplicação deste princípio a uma decisão de arquivamento do processo penal teria o efeito de dificultar, ou mesmo impossibilitar, qualquer hipótese concreta de punir nos Estados-Membros em causa o comportamento ilícito imputado ao arguido. Uma consequência desta natureza iria manifestamente contra a própria finalidade das disposições do título VI do Tratado da União Europeia, como a enunciada no artigo 2.º, primeiro parágrafo, quarto travessão, UE. (cf. n.ºs 30, 33-35, disp.)»

do art. 54.º da CAAS (estava em causa também a execução de um m.d.e.) o caso *Kretzinger* já aludido supra.

Assim:

No caso *Mantello* (C-261-09, decisão de 16.11.de 2010)³², o TJ considerou e decidiu que:

“Para efeitos da emissão e da execução de um m.d.e, o conceito de “*mesmos factos*” que figura no artigo 3.º, n.º 2, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Julho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, constitui um conceito autónomo de direito da União. Em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, em que, em resposta a um pedido de informações na acepção do artigo 15.º, n.º 2, da DQ formulado pela autoridade judiciária de execução, a autoridade judiciária de emissão declarou expressamente, em aplicação do seu direito nacional e no respeito das exigências decorrentes do conceito de “*mesmos factos*” tal como consagrado nesse mesmo artigo 3.º, n.º 2, que a anterior sentença proferida na sua ordem jurídica não constituía uma sentença definitiva que abrangesse os factos visados no seu mandado de detenção e, por conseguinte, não obstava aos procedimentos visados no referido mandado de detenção, a autoridade judiciária de execução não tem nenhuma razão para aplicar, em relação a essa sentença, o motivo de não execução obrigatória previsto no referido artigo 3.º, n.º 2.»

No caso *Turanskí* (C-491/07, decisão de 22 Dezembro de 2008) o TJCE decidiu:

«O princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, que tem por objectivo evitar que,

³² C-261-09, decisão de 16.11. de 2010, estavam em discussão as seguintes *questões prejudiciais*:
1) A apreciação sobre se estão em causa os “*mesmos factos*” na acepção do artigo 3.º, n.º 2, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros¹ é efectuada: tendo por referência o direito do Estado-Membro de emissão ou tendo por referência o direito do Estado-Membro de execução ou mediante uma interpretação autónoma do conceito de “*mesmos factos*”, específica ao direito comunitário?
2) A importação ilícita de estupefacientes constitui o “*mesmo facto*”, na acepção do artigo 3.º, n.º 2, da decisão-quadro, que a participação numa associação que tem por objectivo o tráfico de estupefacientes numa situação em 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 diligência penal a esse título?

¹ http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=pt&num=79909172C19090261&doc=T&ouvert=T&seance=DDP_COMM#1.

pelo facto de exercer o seu direito de livre circulação, uma pessoa seja objecto de acções penais pelos mesmos factos no território de vários Estados Contratantes, *não é aplicável a uma decisão pela qual uma autoridade de um Estado Contratante, após uma análise de mérito do processo que lhe foi submetido, ordena, numa fase anterior à acusação de uma pessoa suspeita da prática de um crime, o arquivamento do processo penal, quando essa decisão de arquivamento, segundo o direito nacional desse Estado, não extingue definitivamente a acção pública nem obsta, portanto, a uma nova acção penal, pelos mesmos factos, nesse mesmo Estado.*

Assim, uma decisão de uma autoridade policial que, embora arquivando o processo penal contra uma pessoa, não põe definitivamente termo à acção pública segundo o ordenamento jurídico nacional em causa, não pode constituir uma decisão que permita considerar que essa pessoa foi «definitivamente julgada» na acepção do artigo 54.º da referida convenção. (cf. n.ºs 40-41, 45 e disp.)»

No caso *Bourquain*³³ (C-297-07 — decisão de 11 de Dezembro de 2008) o TJ entendeu que:

«1. O artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen (CAAS) não prevê, que a pessoa em causa tenha necessariamente de ser julgada no território das Partes Contratantes e tem por objectivo proteger alguém definitivamente julgado de novas acções penais pelos mesmos factos, não pode ser interpretado de forma a que os artigos 54.º a 58.º da CAAS nunca sejam aplicáveis a quem tenha sido julgado por uma Parte Contratante no exercício da sua competência fora do território abrangido por essa Convenção. (cf. n.º 30)

2. O artigo 54.º da CAAS quer seja aplicado a uma sentença proferida à revelia de acordo com a legislação nacional de um Estado contratante ou a uma sentença normal, implica necessariamente a existência de uma confiança mútua dos Estados contratantes nos respectivos sistemas de justiça penal e que cada um deles aceita a aplicação do direito penal em vigor nos outros Estados contratantes, mesmo quando a aplicação do seu próprio direito nacional fosse susceptível de conduzir a uma solução diferente. Com efeito, resulta da própria redacção do artigo 54.º da CAAS que as sentenças à revelia não estão excluídas do seu âmbito de aplicação, uma vez que o único pressuposto da aplicação desse artigo é a prolação de uma sentença definitiva por uma Parte Contratante. Ora, o

³³ C-297/07 (decisão de 11 de Dezembro de 2008). Foi colocada a seguinte questão prejudicial: «A regra que consiste em proibir que uma pessoa que tenha sido julgada numa Parte Contratante, por sentença transitada em julgado, seja julgada, com base nos mesmos factos, noutra Parte Contratante aplica-se no caso de a pena que lhe foi aplicada nunca ter podido ser executada em virtude da lei do Estado onde foi decretada?»

simples facto de, nos termos do direito nacional, o processo à revelia implicar a reabertura do processo se a pessoa em causa tivesse sido detida durante o período de prescrição da pena, não impede, só por si, que a condenação à revelia seja mesmo assim qualificada de decisão definitiva, na acepção do artigo 54.º da CAAS. (cf. n.ºs 35, 37, 40)

3. O princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 54.º da CAAS aplica-se a um processo penal instaurado num Estado contratante por factos pelos quais o arguido já foi definitivamente julgado noutra Estado contratante, mesmo quando, nos termos do direito do Estado em que foi condenado, a pena, devido a especificidades processuais próprias do direito penal desse Estado, nunca pôde ser executada directamente. Daqui resulta que a condição de execução prevista nesse artigo está preenchida quando se verificar que, no momento da abertura do segundo processo penal contra a mesma pessoa pelos mesmos factos que levaram à condenação no primeiro Estado contratante, a sanção decretada nesse primeiro Estado já não pode ser executada segundo as leis desse Estado.»

No caso *Van Straaten*³⁴ (C-150/05, decisão de 28/09/2006) foi entendido pelo TJ:

«O artigo 54.º da Convenção de aplicação do acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinada em 19 de Dezembro de 1990 em Schengen, deve ser interpretado no sentido de que:

O critério pertinente para efeitos da aplicação do referido artigo é o da identidade dos factos materiais, entendida como a existência de um conjunto de factos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses factos ou do bem jurídico protegido; No que respeita aos crimes relacionados com estupefacientes, não é necessário que as quantidades de droga em

³⁴ Neste caso estava colocada a seguinte questão prejudicial: "O que se deve entender por "mesmos factos" na acepção do artigo 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS)? (a posse de cerca de 1000 g 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 Kg 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? A exportação de uma quantidade de heroína de Itália para os Países Baixos é o mesmo facto que a importação nos Países Baixos da mesma quantidade de heroína proveniente de Itália, tendo igualmente em conta que os co-arguidos de J. L. Van Straaten nos Países Baixos e em Itália não são exactamente os mesmos? O conjunto de actos 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"?) Pode considerar-se que uma pessoa foi julgada, na acepção do artigo 54.º da CAAS, quando essa pessoa tiver sido absolvida por sentença, por não se ter provado de forma legal e convincente a acusação contra ela deduzida?

causa nos dois Estados contratantes ou as pessoas que alegadamente participaram nos factos nos dois Estados sejam idênticas;

Os factos puníveis que consistem na exportação e na importação dos mesmos estupefacientes e objecto de acções penais em diferentes Estados contratantes dessa Convenção devem, em princípio, ser considerados “os mesmos factos”, na acepção desse artigo 54.º, cabendo às instâncias nacionais competentes a apreciação definitiva deste aspecto.

O princípio *ne bis in idem*, consagrado no artigo 54.º da referida Convenção, aplica-se a uma decisão das autoridades judiciárias de um Estado contratante que *absolve definitivamente* um arguido por insuficiência de provas.»

No caso *Kretzinger* (C-288/05, decisão de 18 de Julho de 2007)³⁵ o TJ decidiu:

«O artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinada em 19 de Junho de 1990 em Schengen, deve ser interpretado no sentido de que:

O critério pertinente para efeitos da aplicação do referido artigo é o da identidade dos factos materiais, entendida como a existência de

³⁵ Neste caso foram levantadas as seguintes questões prejudiciais: «1) A acção penal tem por objecto os ‘mesmos factos’, na acepção do artigo 54.º da [CAAS], quando um arguido tenha sido condenado por um tribunal italiano por importação e posse em Itália de tabaco de contrabando estrangeiro e por falta de pagamento dos direitos aduaneiros [...] no momento da importação e seja posteriormente condenado por um tribunal alemão, relativamente à recepção anterior da referida mercadoria na Grécia, por recepção de mercadorias subtraídas ao pagamento de direitos aduaneiros (formalmente gregos) de importação, constituídos no momento da importação previamente efectuada por terceiros, se o arguido tinha, desde o início, a intenção de transportar a mercadoria através de Itália para o Reino Unido após a sua recepção na Grécia? 2) Uma sanção, na acepção do artigo 54.º da CAAS ‘[foi] cumprida’ ou ‘[está] actualmente em curso de execução’, a) quando o arguido tiver sido condenado numa pena privativa de liberdade cuja execução tenha sido suspensa em conformidade com o direito do Estado de condenação; b) quando o arguido tiver sido detido preventivamente pela polícia e/ou preso por um curto período e esta privação de liberdade deva, segundo o direito do Estado de condenação, ser descontada no posterior cumprimento da pena de prisão? 3) São relevantes para a interpretação do conceito de execução, na acepção do artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, a) facto de, por força da transposição para o direito nacional da Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (JO L 190, de 18 de Julho de 2002), o (primeiro) Estado de condenação ter a faculdade de, em qualquer momento, executar uma decisão transitada em julgado segundo o direito nacional, e b) o facto de não existir o dever de executar automaticamente um pedido de auxílio judiciário apresentado pelo Estado de condenação com vista à extradição do condenado ou à execução da decisão no território nacional, em virtude de a decisão ter sido proferida na ausência deste?»

um conjunto de factos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses factos ou do bem jurídico protegido; factos que consistem na recepção de tabaco estrangeiro de contrabando num Estado contratante e na importação e posse do mesmo tabaco noutra Estado contratante, caracterizados pela circunstância de o arguido, que foi julgado em dois Estados contratantes, ter desde o início a intenção de transportar o tabaco, após a primeira recepção, através de vários Estados contratantes até um destino final, constituem comportamentos susceptíveis de fazer parte do conceito de “mesmos factos” na acepção do artigo 54.º A apreciação definitiva a este respeito cabe às instâncias nacionais competentes.

Na acepção do artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, a sanção aplicada por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro contratante deve ser considerada “cumprida” ou “actualmente em curso de execução”, quando o arguido tenha sido condenado numa pena de prisão suspensa em conformidade com o direito do referido Estado contratante.

Na acepção do artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, a sanção aplicada por um órgão jurisdicional de um Estado contratante não deve ser considerada “cumprida” ou “actualmente em execução” quando o arguido tenha sido detido e/ou preso preventivamente durante um curto período e quando, segundo o direito do Estado de condenação, essa privação de liberdade deva ser descontada na posterior execução da pena de prisão.

O facto de um Estado-Membro onde uma pessoa foi definitivamente condenada segundo o direito interno poder emitir um mandado de prisão europeu destinado a prender essa pessoa, a fim de executar essa sentença de condenação ao abrigo da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, não pode ter qualquer relevância para a interpretação do conceito de “execução” na acepção do artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen.»

No caso *Kraaijenbrink* (C-367/05 — decisão de 18 de Julho de 2007) o TJ considerou que:

«1. O artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen deve ser interpretado o sentido de que:

- o critério pertinente para efeitos da aplicação do referido artigo é o da identidade dos factos materiais, entendida como a existência de um conjunto de factos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses factos ou do interesse jurídico protegido;

- 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 não devem ser considerados como os «mesmos factos» na aceção deste artigo pelo simples motivo de a instância nacional competente declarar que os referidos factos estão ligados pela mesma intenção delituosa;
- cabe à referida instância nacional apreciar se o grau de identidade e de conexão entre todas as circunstâncias factuais a comparar é tal que seja possível declarar, à luz do critério acima mencionado, tratar-se dos «mesmos factos» na aceção do referido artigo 54.º (cf. n.º 36, disp.)

2. Resulta do artigo 58.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen (CAAS) que os Estados contratantes têm o direito de aplicar disposições nacionais mais amplas relativamente ao efeito *ne bis in idem* associado às decisões judiciais proferidas no estrangeiro. Contudo, este artigo não autoriza, de forma alguma, um Estado contratante a abster-se de julgar um crime relacionado com estupefacientes, em violação das obrigações que lhe incumbem por força do artigo 71.º da CAAS, conjugado com o artigo 36.º da Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, concluída em Nova Iorque em 30 de Março de 1961, no âmbito das Nações Unidas, com o simples fundamento de que o arguido já foi condenado noutra Estado contratante por outras infracções movidas pela mesma intenção delituosa. Ao invés, as referidas disposições não se opõem a que, em direito nacional, as instâncias competentes chamadas a conhecer de uma segunda acção penal tenham em conta, para efeitos da fixação da pena, sanções eventualmente já aplicadas na primeira acção penal. (cf. n.ºs 33-35)»

Quanto ao caso *Gasparini* (C-467/04)³⁶ por decisão de 28 de Setembro de 2006, o TJ proclamou que:

«O princípio *ne bis in idem*, consagrado no artigo 54.º da CAAC aplica-se a uma decisão de um órgão jurisdicional de um Estado contratante,

³⁶ Neste caso (a primeira decisão em causa foi proveniente de um caso que coreu na comarca de Setúbal) foram colocadas as seguintes questões prejudiciais pelo Tribunal de Málaga: “as questões prejudiciais seguintes: «1. A apreciação da prescrição do procedimento [criminal] pelos tribunais de um Estado comunitário é vinculativa para os tribunais dos demais Estados comunitários? 2. A absolvição de um [arguido] [da prática de um crime], por prescrição do procedimento [criminal], tem efeitos reflexos favoráveis para os [arguidos] noutra Estado comunitário, quando os factos são idênticos? Ou, o que é o mesmo, pode entender-se que aquela prescrição também favorece os [arguidos] noutra Estado comunitário com base em factos idênticos? 3. Se os tribunais [criminais] de um Estado comunitário declaram que não se comprova a natureza extraco-

proferida na sequência do exercício da acção penal, que absolve definitivamente um arguido por prescrição do procedimento. O referido princípio não se aplica a pessoas diferentes das que foram definitivamente julgadas por um Estado contratante. Um tribunal criminal de um Estado contratante não pode considerar que uma mercadoria está em livre prática no seu território apenas pelo facto de um tribunal criminal de outro Estado contratante ter declarado, relativamente a essa mercadoria, a *prescrição* do procedimento relativamente ao delito de contrabando. 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 susceptível de fazer parte dos “*mesmos factos*”, na acepção do referido artigo 54.º»

Por último (aqui não em termos cronológicos), em sede de casos decididos pelo TJ, no Caso *Van Esbroec k*³⁷ (C — 436/04 — decisão de 9 de Março de 2006:

Aquele Tribunal decidiu nos termos seguintes:

«1) O princípio *ne bis in idem*, consagrado pelo artigo 54.º da CAAS deve ser aplicado a um procedimento penal instaurado num Estado contratante por factos que já tenham dado origem à condenação do interessado noutra Estado contratante, mesmo que a referida Convenção

munitária de uma mercadoria para efeitos de um crime de contrabando, e absolvem [os réus], podem os tribunais de outro Estado comunitário ampliar a investigação para demonstrar que a introdução da mercadoria sem pagamento [do devido nos termos da] pauta aduaneira foi feita a partir de um Estado não comunitário? 4. Declarado por um tribunal [criminal] comunitário que não se provou que a mercadoria tenha sido introduzida ilicitamente no território comunitário ou que prescreveu o procedimento [criminal] relativamente ao crime de contrabando: a) A referida mercadoria pode considerar-se em livre prática no resto do território comunitário? b) Pode considerar-se que a comercialização [noutro Estado-Membro], posterior à importação para o Estado comunitário que absolveu [os arguidos], constitui uma conduta autónoma e por isso punível, ou deve entender-se que constitui uma conduta que é consubstancial à importação?»

³⁷ *Abrangia as seguintes questões prejudiciais*: “1. Deve o artigo 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 19 de Junho de 1999 ser interpretado no sentido de que o mesmo é aplicável num tribunal belga relativamente a uma pessoa a quem foi instaurado um processo penal na Bélgica, após 25 de Março de 2001, pelos mesmos factos pelos quais esta mesma pessoa foi julgada e condenada por sentença de um tribunal penal norueguês em 2 de Outubro de 2000, tendo cumprido a pena a que foi condenada, na medida em que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do Acordo celebrado pelo Conselho da União Europeia e a República da Islândia e o Reino da Noruega relativo à associação destes Estados à execução, à aplicação e ao desenvolvimento do acervo de Schengen, designadamente o artigo 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen só será executado e aplicado pela Noruega a partir de 25 de Março de 2001? Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

2. Deve o artigo 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 19 de Junho de 1999, em conjugação com o disposto no artigo 71.º desta mesma convenção, ser interpretado no sentido de que as infracções 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 cannabis, e que foram objecto de processos penais por importação e por exportação em diferentes países signatários da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen ou nos quais se executa e aplica o acervo de Schengen, devem ser consideradas relativas aos ‘mesmos factos’, na acepção do referido artigo 54.º?

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.

2) O artigo 54.º da mesma Convenção deve ser interpretado no sentido de que:

o critério relevante para efeitos da aplicação do referido artigo é o da identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de factos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses factos ou do bem jurídico protegido;

os factos puníveis que consistem na exportação e na importação dos mesmos estupefacientes e objecto de acções penais em diferentes Estados contratantes dessa Convenção, devem, em princípio, ser considerados “os mesmos factos”, na acepção deste artigo 54.º, cabendo às instâncias nacionais competentes a apreciação definitiva deste aspecto.»

7.3. Em jeito de final, apenas uma breve referência também ao TEDH, o qual se tem debruçado sobre várias questões levantadas pelo problema de aplicação do *ne bis in idem* na relação com a previsão do art. 4.º, n.º 1, do Protocolo n.º 7 à CEDH.

O caso mais recente foi decidido a 10 Fevereiro de 2009 — (Gde Ch., *Zolotoukhine c. Russie*). Aqui, discutiu-se a problemática da aplicação do princípio do *ne bis in idem* segundo o critério da prevalência da identidade dos factos (*idem factum*) materiais ou da identidade da infracção (*idem legal/ lmesma qualificação jurídica* segundo o direito interno do Estado) e sua diferente natureza procedimental (administrativa/penal) concluindo que, reconhecendo ter até então havido pelo TEDH uma aproximação ao problema efectuada por divergentes critérios, sem univocidade, a diferenciação de natureza e qualificação não obsta a essa identidade e viola assim a regra do art. 4.º, n.º 1, do Pt7 à CEDH.

Esta decisão tem sido criticada em vários quadrantes³⁸ mas, dada a exiguidade de tempo e a amplitude da natureza das questões, não iremos fazer aqui o desenvolvimento do assunto.

8. CONCLUSÃO

Vistos assim alguns dos problemas que o *ne bis in idem* colocou e coloca através da interpretação dos normativos internacionais em vigor (e agora com

³⁸ Cfr., entre outros, Mock, Hanspeter, *Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits*, «RTDH», 2009/79, Editions Nemesis.

a vinculatividade da CDFUE e respectivo art. 50.º ainda mais) a triangulação entre a jurisprudência do Luxemburgo (TJUE) a de Estrasburgo (TEDH), e a dos tribunais nacionais a partir da aceleração dos casos de cooperação penal quer no espaço Schengen, quer no da (UE) quer no âmbito mais vasto entre os países signatários da CEDH, continua a constituir uma constelação que ainda irá levantar muitas e problemáticas questões, o que só demonstra que a discussão do princípio sobre a *sua função, finalidades e campo de aplicação*, não está, de modo algum, esgotada e, quer como princípio universal quer como princípio indubitavelmente fundamental de direito da União Europeia, merece cuidada atenção do aplicador do direito na respectiva *optimização* em oposição às restrições ao mesmo não legitimadas, sobretudo em face do perigo, com a expansividade e aprofundamento do ELSJ, da afectação dos direitos fundamentais e da dignidade dos cidadãos³⁹.

De todo o modo, foi ultrapassada a sua inserção clássica na vertente meramente interna de cada Estado em incontornável direcção à verdadeira transnacionalidade, por força de uma cooperação internacional mais acelerada, baseada sobretudo no princípio do reconhecimento mútuo, legitimado em textos normativos muitos deles constituindo já direito da União.

Assim, o *ne bis in idem*, traçado à luz da jurisprudência que citámos é (ou devia ser), sem dúvida, uma presença constante na aplicação do direito, merecendo através dela um olhar, ainda que crítico, mas mais atento na prática judiciária dos nossos tribunais.

³⁹ Em concordância, aqui muito de perto, com a posição de RAMOS (nota 3).