CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER apresentadas em 8 de Junho de 2006 [1]

I — Introdução

1. Este reenvio prejudicial nos termos do artigo 35.º UE, promovido pelo Rechtbank 's-Hertogenbosch (tribunal de primeira instância em matéria civil e penal) [2], proporciona ao Tribunal de Justiça a quarta ocasião para interpretar o artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen (a seguir «Convenção»), que enuncia o princípio *ne bis in idem*.

2. Nas duas primeiras ocasiões, declarou que esse princípio se aplica quando a acção pública se extingue através do cumprimento de certas obrigações acordadas com o Ministério Público [3], não se aplicando, no entanto, se o arquivamento de um processo se dever à decisão do próprio Ministério Público de não manter a acusação por ter sido instaurada noutro Estado-Membro uma acção contra o mesmo arguido e pelos mesmos factos [4].

3. A terceira ocasião foi proporcionada pelo processo C-436/04, Van Esbroeck, cujo acórdão, proferido no passado dia 9 de Março [5], examinou a eficácia *ratione temporis* da referida disposição, definindo o conceito de *idem*.

4. Os contornos deste último conceito e o modo como se manifesta o exercício do poder estatal para punir as condutas com relevância criminal adquirem de novo protagonismo no caso vertente, pois o juiz de reenvio não está esclarecido quanto ao alcance da expressão «mesmos factos» e quer saber se uma pessoa absolvida numa decisão por falta de provas foi «julgada» na acepção do referido artigo 54.º da Convenção [6].

1 — Língua original: espanhol.

2 — Cidade de Brabante, próxima de Antuérpia, em que, por volta de 1450, nasceu Jeroen van Aken, conhecido sob o pseudónimo de El Bosco. Os Países Baixos aceitaram esta atribuição prejudicial do Tribunal de Justiça, concedendo a todos os juízes e tribunais a faculdade de lhe submeter questões (JO 1999, C 120, p. 24).

3 — Acórdão de 11 de Fevereiro de 2003, Gözutök e Brügge (C-187/01 e C-385/01, Colect., p. I-1345, processo em que apresentei conclusões em 19 de Setembro de 2002).

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

5 — Este acórdão ainda não foi publicado na Colectânea. Também apresentei conclusões neste processo, em 20 de Outubro de 2005.

6 — A Comissão das Comunidades Europeias elaborou um «Livro verde sobre os conflitos de competência e o princípio *ne bis in idem* no âmbito dos procedimentos penais» [Bruxelas, 23 de Dezembro de 2005, COM(2005) 696 final], em que se questionam os tipos de decisões que podem dar origem à aplicação do referido princípio (p. 9).

5. Estas dúvidas são suscitadas num processo instaurado por J. L. Van Straaten, nos termos do artigo 111.º, n.º 1, da Convenção, para contestar a sua inscrição no Sistema de Informação Schengen.

II — Acervo de Schengen

A — *Em geral*

6. Este património jurídico integra:

a) o Acordo 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, assinado em 14 de Junho de 1985 na cidade luxemburguesa que lhe dá o nome [7];

b) a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, subscrita em 19 de Junho de 1990 [8], que estabelece medidas de cooperação para neutralizar o desaparecimento desses controlos;

c) os protocolos e os instrumentos de adesão de outros Estados-Membros, as declarações e os actos adoptados pelo Comité Executivo criado pela Convenção e os proferidos pelas instâncias às quais esse Comité atribua competências decisórias [9].

7. O Protocolo (n.º 2) anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado constitutivo da Comunidade Europeia integra o bloco normativo atrás descrito no âmbito da União, aplicando-se, nos termos do seu artigo 2.º, n.º 1, primeiro parágrafo, nos treze Estados enumerados no artigo 1.º, entre os quais se encontram o Reino dos Países Baixos e a República Italiana [10], a partir da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão (1 de Maio de 1999).

7 — JO 2000, L 239, p. 13.

8 — JO 2000, L 239, p. 19.

9 — JO 2000, L 239, pp. 63 e segs.

10 — Os outros são o Reino da Bélgica, o Reino da Dinamarca, a República Federal da Alemanha, a República Helénica, o Reino de Espanha, a República Francesa, o Grão-Ducado do Luxemburgo, a República da Áustria, a República Portuguesa, a República da Finlândia e o Reino da Suécia. O Reino Unido e a República da Irlanda não se associaram plenamente a este projecto comum, optando por uma participação pontual [as Decisões do Conselho 2000/365/CE, de 29 de Maio de 2000 (JO L 131, p. 43), e 2002/192/CE, de 28 de Fevereiro de 2002 (JO L 64, p. 20), dizem respeito, respectivamente, aos pedidos de ambos os Estados-Membros para participar em algumas das disposições do acervo]. A Dinamarca goza de um estatuto singular, que lhe permite não aplicar as decisões adoptadas neste âmbito. O referido grupo de normas vincula os dez novos Estados-Membros desde a sua adesão à União Europeia, ainda que muitas necessitem da mediação do Conselho (artigo 3.º do Acto relativo às condições de adesão da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca, e adaptações dos Tratados em que se baseia a União Europeia).

8. O objectivo, segundo o preâmbulo do Protocolo, consiste em reforçar a integração europeia e, em especial, possibilitar que a União se transforme mais rapidamente num espaço de liberdade, segurança e justiça.

9. Ao abrigo do artigo 2.°, n.° 1, segundo parágrafo, do Protocolo, o Conselho adoptou, em 20 de Maio de 1999, as Decisões 1999/435/CE e 1999/436/CE, em que define o acervo de Schengen e determina, nos termos das disposições pertinentes do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, a base jurídica das normas que o constituem [11].

B — *Sobre o princípio* ne bis in idem

10. O título III da Convenção, intitulado «Polícia e segurança», inicia-se com um capítulo dedicado à «Cooperação policial» (artigos 39.° a 47.°) e continua com outro que diz respeito à «Entreajuda judiciária em matéria penal» (artigos 48.° a 53.°).

11. O terceiro capítulo, sob a rubrica «Aplicação do princípio *non bis in idem*», é composto pelo artigos 54.° a 58.°, com base jurídica nos artigos 34.° UE e 31.° UE, nos termos do artigo 2.° e do anexo A da referida Decisão 1999/436.

11 — JO L 176, pp. 1 e 17, respectivamente.

12. O artigo 54.° dispõe:

«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.»

13. O artigo 55.°, n.° 1, alínea a), precisa que, ao ratificar a Convenção, um Estado pode desvincular-se do artigo 54.° quando os factos tenham ocorrido, no todo ou em parte, no seu território e não no país do processo.

C — *Sobre a luta contra o tráfico de drogas*

14. Além dos quarto («Extradição»; artigos 59.° a 66.°) e quinto capítulos («Transmissão da execução das sentenças penais»; artigos 67.° a 69.°), o título III dedica outro aos «Estupefacientes» (artigos 70.° a 76.°), cujo artigo 71.°, que tem a sua base jurídica

nos artigos 34.º UE e 31.º EU e no artigo 30.º UE, estipula:

«As partes contratantes comprometem-se, no que diz respeito à cessão directa ou indirecta de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas de qualquer natureza, incluindo o canabis, bem como à detenção destes produtos e substâncias para efeitos de cessão ou exportação, a adoptar, em conformidade com as convenções das Nações Unidas existentes, todas as medidas necessárias à prevenção e à repressão do tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.»

15. Um último capítulo, o sétimo (artigos 77.º a 91.º), respeita às «Armas de fogo e munições».

D — *Sobre o Sistema de Informação Schengen*

16. O título IV da Convenção (artigos 92.º a 119.º) instaura o Sistema de Informação Schengen [12], composto por uma secção nacional junto de cada uma das partes contratantes e por uma unidade de apoio técnico para, através de consultas automáticas, conhecer a descrição de pessoas e objectos, para os fins previstos nos artigos 95.º a 100.º (artigo 92.º, n.º 1, conjugado com os artigos 94.º, n.º 1, e 102.º, n.º 1).

17. Um desses propósitos é a detenção para extradição, situação em que os dados do indivíduo procurado são inseridos no sistema a pedido da autoridade judiciária do Estado requerente (artigo 95.º, n.º 1), único habilitado para os alterar, completar, rectificar ou eliminar (artigo 106.º, n.º 1). Se o Estado requerido considerar a indicação incompatível com o seu direito nacional, com as suas obrigações internacionais ou com os seus interesses essenciais, pode acrescentar uma indicação que impeça a prisão no seu território (artigo 95.º, n.º 3, conjugado com o artigo 94.º, n.º 4).

18. Cada país designa o organismo competente para a gestão da parte nacional do sistema (artigo 108.º, n.º 1). As pessoas visadas dispõem de acções para solicitar a rectificação ou a eliminação de uma inscrição, assim como para obter uma informação ou exigir uma indemnização (artigo 111.º, n.º 1), comprometendo-se mutuamente os signatários a executar as decisões definitivas que sejam tomadas (artigo 111.º, n.º 2).

12 — O Tribunal de Justiça analisou, pela primeira vez, este sistema no acórdão de 31 de Janeiro de 2006, Comissão/Espanha (C-503/03, Colect., p. I-1097).

III — Factos, litígio principal e questões prejudiciais [13]

19. Em Março de 1983, J. L. Van Straaten, cidadão comunitário, detinha em Itália cerca de cinco quilogramas de heroína, que introduziu nos Países Baixos, onde dispôs de cerca de mil gramas.

20. Neste último Estado-Membro, foi acusado de três condutas delituosas: 1) importar de Itália, por volta do dia 26 de Março, conjuntamente com A. Yilmaz, cinco quilogramas e meio da referida droga; 2) dispor de mil gramas entre os dias 27 e 30 do mesmo mês; e 3) deter armas de fogo e munições.

21. O Rechtsbank 's-Hertogenbosch, em decisão de 23 de Junho de 1983, absolveu-o da primeira acusação por falta de provas [14], condenando-o pelas outras duas a uma pena privativa de liberdade de vinte meses, que cumpriu devidamente, após transitada em julgado [15].

22. Em Itália, J. L. Van Straaten foi processado por possuir e exportar para os Países Baixos, em várias remessas, até 27 de Março de 1983, aproximadamente cinco quilogramas de heroína, com a agravante de agir como membro de uma organização criminal. Celebrada a audiência sem a sua presença, apesar de ter sido devidamente citado, o Tribunale Ordinario (tribunal de primeira instância) di Milano, por decisão de 22 de Novembro de 1999, sem apreciar a existência dessa circunstância agravante, condenou-o a dez anos de prisão e a uma multa de cinquenta milhões de liras, bem como ao pagamento das custas.

23. A pedido das autoridades italianas, J. L. Van Straaten foi inscrito no Sistema de Informação Schengen, para a sua detenção e ulterior extradição, requerida pelo Ministério Público de Milão em 11 de Setembro de 2001. Invocando o artigo 95.º, n.º 3, da Convenção, os Países Baixos acrescentaram uma ressalva, para que a captura não pudesse ser levada a cabo no seu território.

24. Quando teve conhecimento da segunda decisão e da sua inclusão no Sistema, J. L. Van Straaten pediu, através do Korps Landelijke Politidiensten [16] (polícia nacional neerlandesa), a eliminação dos seus antecedentes, sem obter qualquer resposta, pelo que recorreu imediatamente para o

13 — Tendo em conta a escassez de informação fornecida no despacho de reenvio, para a redacção dos seguintes pontos utilizei ainda algumas das observações apresentadas na tramitação prejudicial, em especial, as do Governo neerlandês e as da Comissão.

14 — Considero irrelevante e despropositada a indagação sobre uma eventual incorrecção na fundamentação. O elemento essencial consiste em que o juiz neerlandês absolveu J. L. Van Straaten porque, em sua opinião, os factos não foram demonstrados.

15 — O Gerechtshof 's-Hertogenbosch (tribunal de segunda instância) confirmou a decisão, ainda que tenha alterado a qualificação jurídica da segunda acusação em decisão de 3 de Janeiro de 1984, confirmada em sede de recurso por outra do Hoge Raad der Nederlanden (tribunal supremo) de 26 de Fevereiro de 1985.

16 — Instituição indicada nos termos do artigo 108.º, n.º 1, da Convenção.

Rechtbank 's-Hertogenbosch. Ao abrigo do artigo 106.º, n.º 1, da Convenção, este órgão jurisdicional, por despacho de 16 de Julho de 2004, chamou a juízo a República Italiana.

25. O Rechtbank entende que, nos termos do artigo 111.º da Convenção, J. L. Van Straaten tem legitimidade para intentar a acção e a Itália tem de aceitar a decisão que for adoptada.

26. J. L. Van Straaten alega que a pena aplicada neste último país viola a Convenção e que, portanto, a sua execução é ilegal. A Itália defende que a importação passível de punição não foi «julgada» nos Países Baixos, já que foi proferida uma decisão de absolvição, nada obstando a um segundo processo.

27. O Rechtbank 's-Hertogenbosch suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1. O que se deve entender por 'mesmos factos' na acepção do artigo 54.º da Convenção [...]? ([A] posse de cerca de 1000 g de heroína nos Países Baixos no período compreendido entre 27 e 30 de 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'?)

2. Pode considerar-se que uma pessoa foi julgada, na acepção do artigo 54.º da C [onvenção], quando essa pessoa tiver sido absolvida por sentença, por não se ter provado de forma legal e convincente a acusação contra ela deduzida?»

IV — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

28. A Comissão e os Governos austríaco, checo, espanhol, francês, italiano, neerlandês, polaco e sueco apresentaram observações escritas, tendo comparecido os representantes de Espanha, dos Países Baixos e da

Comissão na audiência celebrada em 4 de Maio de 2006, onde expuseram oralmente as suas alegações.

V — Admissibilidade das questões prejudiciais

29. Os Governos francês e espanhol contestam a pertinência deste incidente, mas por razões diversas.

30. O Governo francês lamenta a escassez de informações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, que, ocultando o objecto do litígio, impede que se afira a necessidade da interpretação do Tribunal de Justiça para o decidir.

31. A excepção liminar do Governo espanhol [17] tem um alcance mais reduzido, já que se limita à questão inicial e, subsidiariamente, à sua segunda parte que, em sua opinião, respeita à fixação dos factos. Alega que precisar se uma conduta julgada num processo coincide com a apreciada noutro processo anterior excede a função interpretativa do Tribunal de Justiça.

17 — No seu texto encontra-se uma lamentável confusão entre as questões prejudiciais de validade e as de interpretação (v. n.os 5 e 7).

A — *Relevância do reenvio*

32. O Governo francês não anda longe da verdade quando afirma que o despacho do Rechtbank apenas permite vislumbrar a natureza e o propósito do pedido de J. L. Van Straaten. No entanto, a bruma dissipa-se através da consulta dos articulados do processo principal e das observações dos Países Baixos.

33. Invocando o artigo 111.º, n.º 1, da Convenção, J. L. Van Straaten pede ao juiz o cancelamento da inscrição a ele respeitante no Sistema de Informação Schengen, tarefa que incumbe à República Italiana, vinculada pela decisão que se vier a adoptar (artigo 106.º, n.º 1, conjugado com o artigo 111.º, n.º 2, da própria Convenção).

34. A inscrição resulta da decisão do Tribunale Ordinario di Milano, para cuja execução o Ministério Público pediu a extradição, que implica a detenção.

35. Em suma, a legitimidade da sanção determina a da incorporação no Sistema ou, inversamente, a acção para obter o cancelamento só pode proceder se o facto em que se baseia for ilícito. Nesta linha, uma decisão judicial que viole o princípio *ne bis idem* não justifica a entrega do condenado

para detenção após a sua inclusão no referido Sistema [18]. Nada tem, pois, de estranho que, para salvaguardar tal princípio, o Rechtbank 's-Hertogenbosch, procure o sentido da expressão «mesmos factos», utilizada no artigo 54.º da Convenção, perguntando se uma decisão de absolvição por falta de provas constitui um postulado para a sua aplicação.

36. Poderia alegar-se a inutilidade do pedido, pois J. L. Van Straaten não tem razões para recear a prisão no seu país, uma vez que as autoridades neerlandesas acrescentaram, ao abrigo do artigo 95.º, n.º 3, da Convenção, uma ressalva (a que aludi no n.º 17 destas conclusões); mas esta abordagem erra em dois pontos: por um lado, ao analisar o interesse do demandante no processo principal e ao tratar da sua legitimação *ad causam*, entra num campo vedado à jurisdição comunitária; por outro, ignora não só que aquela mediação pontual do Estado requerido não obsta à privação da liberdade em outros Estados-Membros, mas também que o artigo 54.º da Convenção visa assegurar a livre circulação dos cidadãos na União [19], desígnio estabelecido pelo artigo 2.º, primeiro parágrafo, quarto travessão, UE.

37. Além disso, o regime do artigo 234.º CE aplica-se ao artigo 35.º UE, adaptado às suas peculiaridades [20], mas com todo o desenvolvimento jurisprudencial que sofreu. Ambas as disposições subordinam o reenvio de questões para o Tribunal de Justiça à circunstância de o órgão jurisdicional nacional considerar necessária uma interpretação prejudicial para emitir a sua decisão, existindo, pois, uma presunção de pertinência do reenvio, a não ser que: a) não tenha qualquer conexão com a realidade ou o objecto do litígio; b) o problema corresponda a uma mera hipótese; ou c) o teor dos termos em que é apresentado elimine elementos imprescindíveis para fornecer uma solução útil [21], circunstâncias que, como foi explicado, não existem no presente caso.

38. Um posterior obstáculo à admissibilidade, referido pela Comissão, que o contesta, e relacionado com a inutilidade alegada pelo Governo francês, consiste em dilucidar se o artigo 54.º da Convenção influencia *ratione temporis* o litígio na origem do processo.

39. A eficácia temporal dessa norma foi abordada no processo Van Esbroeck, em cujas conclusões afirmo que o direito a não ser processado nem punido várias vezes pelo mesmo acto se qualifica de garantia material, destinada a que ninguém «depois de cometer uma infracção e de ter cumprido a sua pena, seja perseguido e corrigido novamente», concretizando-se quando esses pressupostos se verificam, momento esse em que nasce, como reverso da mesma medalha, a obrigação do poder público de se abster de qualquer reacção repressiva. A decisão definitiva anterior serve de premissa para a entrada em cena do princípio (n.º 31). A data

18 — A Comissão desenvolve estas ideias nos n.ºs 30 a 36 da sua exposição.

19 — Acórdãos Gözütok e Brügge (n.º 38) e Miraglia (n.º 32), já referidos.

20 — Acórdão de 16 de Junho de 2005, Pupino (C-105/03, Colect., p. I-5285, n.ºs 19 e 28).

21 — Acórdão Pupino, que acabei de referir, n.ºs 29 e 30.

da primeira decisão é determinante, sempre que a segunda seja posterior à entrada em vigor da Convenção, que não contém qualquer referência específica aos efeitos no tempo do artigo 54.º (n.os 32 e 29 das conclusões referidas). Seguindo as minhas sugestões, o acórdão nesse processo, já referido, declarou que o princípio *ne bis in idem* se enquadra em situações como a aqui em causa (n.os 23 e 24).

40. O citado instrumento internacional, inédito quando ocorreram os factos (quando foi proferida a primeira decisão nos Países Baixos e teve início o processo em Itália), vigorava no momento em que foi proferida a condenação neste último país, situação em que, portanto, o princípio *ne bis in idem* gozava de plena aplicabilidade, pelo que o exposto nos anteriores n.os 33 a 37 mantém a sua pertinência.

B — *Conceito jurídico indeterminado*

41. O Governo espanhol também não erra quando sublinha que a primeira questão é pertinente para os factos, mas engana-se ao propor a sua recusa *ad limine*.

42. Esta solução não se aplica à totalidade da pergunta, mas apenas às interpelações entre parênteses, em que o tribunal de reenvio pede uma decisão sobre a conjuntura particular do litígio, que não pode ser admitido porque excede as funções hermenêuticas do Tribunal de Justiça.

43. Ora, a questão começa com uma interrogação que, apesar das suas evocações factuais, tem um cariz exegético inegável, pois respeita a um conceito jurídico indeterminado [22] («mesmos factos») da disposição normativa.

44. Foi suscitado um problema semelhante no processo Van Esbroeck, onde refiro que a tarefa de destrinçar se os factos que estão na origem de um processo coincidem com os de outro processo anterior está no âmago da função judicial, para a qual apenas está habilitado o juiz que tem conhecimento imediato da realidade sujeita à sua apreciação, sem prejuízo de recurso numa segunda instância (n.º 36 das conclusões). A função do Tribunal de Justiça restringe-se a fornecer critérios de interpretação que, atendendo aos fundamentos e à finalidade do artigo 54.º da Convenção, indiquem a direcção mais conveniente para alcançar um tratamento uniforme em todo o território da União Europeia (n.º 37).

22 — Assim o qualifico nas conclusões do processo Van Esbroeck (n.º 38).

45. Nestas circunstâncias, parece inútil propor, a partir do direito comunitário, quaisquer directrizes autónomas no sentido de avançar um critério geral destinado a enfrentar eventuais casos futuros, «pois a contingência das políticas criminais e a natureza do julgamento penal dificultam as construções de valor universal», de modo que uma abordagem útil em relação a alguns ilícitos ou a certas formas de participação pode ser inadequada para outros (n.os 38 e 39). Considero mais sensato assumir uma posição intermédia, que, sem se perder nos factos do processo principal, tenha em conta as circunstâncias particulares do caso, a fim de ajudar o órgão jurisdicional nacional com regras destinadas à decisão de causa em conformidade com o espírito da norma (n.º 40).

46. Julgo que esta abordagem facilita uma resposta útil ao tribunal de reenvio, sem o suplantar, afastando os riscos alegados pelo Governo espanhol.

VI — Análise das questões prejudiciais

47. Para facilitar o caminho, deve esclarecer-se, sem mais demoras, as dúvidas do Rechtbank 's-Hertogenbosch. A primeira, como já referi, foi analisada no processo Van Esbroeck; os acórdãos Gözutök e Brügge, por um lado, e Miraglia, por outro, fornecem modelos de solução para a segunda. No entanto, neste processo prejudicial são interpretadas certas variações da mesma partitura.

48. Começo pelo fim porque se se decidir que uma decisão de absolvição por falta de prova das acusações não impede um exame posterior dos «mesmos factos», torna-se supérflua toda e qualquer consideração acerca deste conceito.

A — *Conceito de bis: absolvição por falta de provas (segunda questão)*

49. Nas conclusões Gözütok e Brügge, afirmei que ninguém que tenha sido julgado por um Estado signatário da Convenção o pode ser novamente, pelos mesmos factos, quer tenha sido absolvido ou condenado (n.º 46).

50. A minha opinião em nada mudou desde então, mas, diferentemente do que aconteceu nessa ocasião, em que não se discutia esse aspecto, agora devo explicitar as razões pelas quais uma decisão dessa natureza desencadeia o efeito protector da regra *ne bis in idem*.

1. Interpretação literal

51. O teor do artigo 54.º da Convenção não admite discussão, já que, após referir o julgamento definitivo, sem mencionar o sentido da decisão, proíbe qualquer processo futuro, acrescentando que, «em caso de condenação» [23], tal proibição está condicionada ao cumprimento da pena ou à impossibilidade da sua execução. Essa precisão seria desnecessária se o princípio apenas operasse depois de uma sanção.

52. Embora de modo implícito, já que também não abordou esse aspecto directamente, o acórdão Miraglia expressou esta opinião, insistindo na ideia da indagação «de mérito» (n.º 30) e rejeitando a aplicação do artigo 54.º da Convenção quando o processo é arquivado por ter sido instaurado outro num Estado-Membro diferente (n.º 35). O ponto crucial reside no exercício do *ius puniendi*, através de uma valoração de todos os elementos em causa, sendo irrelevante o alcance da decisão (mais adiante desenvolvo esta ideia).

23 — Expressões equivalentes constam noutras versões linguísticas; por exemplo: *en cas de condamnation* (francesa); *im Fall einer Verurteilung* (alemã); *if a penalty has been imposed* (inglesa); e *in caso di condanna* (italiana).

53. A clareza da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [24] confirma esta reflexão. O artigo 50.º impossibilita uma análise posterior, se o interessado tiver «sido *absolvido ou* [...] *condenado*» [25] por sentença transitada em julgado.

54. Estes argumentos esvaziam de conteúdo uma exegese como a do Governo austríaco, afastando-a, no n.º 37 das suas observações escritas. No quadro de Schengen, entender que o princípio *ne bis in idem* exige uma declaração de culpa, seja ou não acompanhada de condenação, violaria o espírito do artigo 54.º da Convenção, além de reduzir injustificadamente o seu âmbito, excluindo as absolvições por falta dessa componente subjectiva [26].

55. Antagonismo semelhante se observa na tese do Governo espanhol, que, além de contraditória [27], é errada, ao situar o *ratio* do

24 — JO 2000, C 364, p. 1.

25 — Com análoga contundência se pronunciam o Pacto Internacional de Direitos Cívis e Políticos, de 19 de Dezembro de 1966 (artigo 14.º, n.º 7), o Protocolo n.º 7 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (artigo 4.º, n.º 1) e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (artigo 20.º, n.º 1).

26 — O princípio aplicar-se-ia quando, apesar da culpa, a acção não impusesse uma sanção (absolvição, inexistência de condições objectivas de punibilidade ou de prossecução da acção), não se aplicando se a não imposição de sanção se devesse à constatação de alguma causa de inimputabilidade ou de inexistência de culpa.

27 — No n.º 31 das suas observações, defende que a fórmula «em caso de condenação» demonstra que o artigo 54.º da Convenção exclui as absolvições, esquecendo que a oração principal da norma é o enunciado «[a]quele que tenha sido definitivamente *julgado*».

aforismo no princípio da proporcionalidade, exigindo uma resposta equivalente à importância do delito [28].

2. Interpretação teleológica

a) Princípio *ne bis in idem* em Schengen

56. Outros princípios inspiram esta máxima: a segurança jurídica e a equidade. O infractor deve saber que, mediante a execução da pena, expiou a sua culpa, sem receio de nova punição. No caso de ser absolvido, tem de ter a certeza de que não será instaurado outro processo para o julgar novamente (n.os 49 das conclusões Gözütock e Brügge e 19 das conclusões Van Esbroeck).

57. A regra *ne bis in idem* constitui um direito fundamental dos cidadãos, ligado ao processo devido e ao julgamento justo; além disso, é uma exigência estrutural do sistema jurídico, cuja legitimidade assenta no respeito do caso julgado (n.º 21 das conclusões Van Esbroeck).

58. Quando, perante um cúmulo de sanções, se recorre à proporcionalidade, para que, ao aplicá-las, se tenha em conta as sanções anteriores, mitigando-as, entra em jogo o chamado *Anrechnungsprinzip* ou «princípio da tomada em consideração» [29], que não se deve confundir com o princípio *ne bis in idem*, embora o complemente. O artigo 54.º da Convenção não contém uma regra formal que funcione como lenitivo, ao serviço dessa proporcionalidade, quando se pune repetidamente uma pessoa pela mesma conduta, mas uma garantia substantiva, impeditiva de uma segunda decisão no processo (*Erledigungsprinzip* ou «princípio do procedimento exaustivo») [30].

59. No acervo de Schengen, destinado a reforçar a integração dos povos da Europa, transformando a sua União num espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o princípio *ne bis in idem* está ligado, além

28 — A sua abordagem, levada ao absurdo, permitiria uma análise subsequente, não só quando se declarasse o absolvido livre de responsabilidade criminal, como também quando a primeira condenação não correspondesse à apreciação da gravidade dos factos efectuada noutro Estado-Membro, sendo admissível uma «pena adicional» para equilibrar o castigo e a censura social, pelo que a soberania neste âmbito, que ninguém nega, seria afectada, mais que por um pacto internacional livremente aceite, pela intervenção unilateral dos poderes públicos estrangeiros.

29 — O artigo 56.º da Convenção reflecte esta ideia. Obriga os Estados-Membros a «tomar em consideração» as penas anteriores, se, ao abrigo do artigo 55.º, se desvincularem do artigo 54.º e instaurarem processos contra pessoas já definitivamente julgadas por outro signatário.

30 — Utilizo termos equivalentes nas conclusões apresentadas em 11 de Fevereiro de 2003, nos processos Italcementi/Comissão (C-213/00 P, n.os 96 e 97), e Buzzi Unicem/Comissão (C-217/00 P, n.os 178 e 179), apensos a outros quatro, em que foi proferido o acórdão de 7 de Janeiro de 2004 (Colect., p. I-123). Pode consultar-se a nota 19 das conclusões Gözütock e Brügge.

disso, ao direito da livre circulação [31]. A supressão gradual dos controles fronteiriços, etapa inevitável para a realização desse espaço comum, não é isenta de riscos, pois favorece aqueles que aproveitam a diminuição da vigilância para expandir as suas actividades ilícitas, tornando-se imprescindível um aumento da cooperação policial e judicial. Mas esta maior contundência tem de ser obtida sem diminuição das liberdades inalienáveis numa sociedade democrática de direito.

60. Num ambiente multinacional, exige-se, como já referi, mais colaboração, mas também um maior reconhecimento dos procedimentos judiciais além fronteiras.

b) Confiança mútua

61. O princípio *ne bis in idem* serve [32] a estabilidade jurídica, para que as determinações do poder público, uma vez definitivas, não sejam discutidas *sine die.* Esgotada a acção penal num Estado-Membro, os outros não o podem ignorar. A integração carece de assistência, que é improvável se não existir uma confiança recíproca nos respectivos sistemas judiciais e sem uma homologação das decisões, adoptadas numa verdadeira «casa comum» dos direitos fundamentais [33].

62. Mesmo quando um Estado não trate uma matéria de maneira igual ou semelhante a outro, os resultados são equiparados porque reflectem valores e princípio equivalentes: é necessário acreditar na adequação das normas dos parceiros num projecto tão ambicioso como a União Europeia e na sua correcta aplicação, aceitando-se as suas consequências, apesar de conduzirem a soluções diferentes [34]; esta ideia implica a sua aprovação e um dos seus corolários é o princípio *ne bis in idem.*

63. Em suma, se um Estado-Membro julga o autor ou o participante num delito [35], os tribunais dos restantes Estados-Membros devem abster-se de novo processo, seja qual

31 — Esta percepção transparece nos n.os 38 do acórdão Gözütok e Brügge e 32 do acórdão Miraglia.

32 — É o que defendo nos n.os 119 e seguintes das conclusões Gözütok e Brügge.

33 — O «Programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais» (JO 2001, C 12, p. 10) considera o princípio *ne bis in idem* uma das providências apropriadas para tal fim (p. 12). Em termos semelhantes se manifesta a «Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e reforço da confiança mútua entre os Estados-Membros» [COM (2005) 195 final, p. 4].

34 — N.os 33 do acórdão Gözütok e Brügge e 30 do acórdão Van Esbroeck.

35 — Sugiro esta abordagem no n.º 119 das conclusões Gözütok e Brügge, pondo a tónica na última palavra do Estado, quer provenha de um tribunal na sua função jurisdicional, de um juiz de instrução exercendo a sua tarefa de investigação ou de um procurador do Ministério Público no exercício da acção para punir os factos delituosos.

for o sentido da decisão [36], condenatório ou de absolvição, pois em ambas situações se manifesta o *ius puniendi*.

3. Panóplia de decisões possíveis

64. Em caso de condenação, não se coloca qualquer dúvida, englobando, além das decisões estritamente consideradas, a extinção da acção pública pelo cumprimento das obrigações exigidas ao acusado pelo Ministério Público (acórdão Gözütok e Brügge).

65. Em caso de absolvição, é proibido todo e qualquer procedimento posterior, desde que se tenha utilizado o monopólio estatal para punir os delitos, através de uma análise «do mérito» [37]. Esta locução, utilizada no acórdão Miraglia, contém várias hipóteses, dependendo dos fundamentos da decisão, umas intrínsecas e outras extrínsecas ao acusado. Entre as intrínsecas incluem-se as que absolvem o acusado por este não ter as condições imprescindíveis para responder (causas de inimputabilidade e de isenção de culpa, como a menoridade ou o transtorno mental). As externas aglutinam situações objectivas, em que não é possível exigir outro comportamento (causas de justificação: legítima defesa, estado de necessidade ou medo insuperável) ou em que não estão reunidas as qualidades pessoais do tipo (elementos subjectivos do ilícito), bem como as que respeitam ao decurso do tempo [38] e à própria realidade em causa.

4. Em particular, absolvição por falta de provas

66. Este último grupo compreende três categorias de absolvição, consoante: 1) os factos não constituam uma infracção criminal, 2) o acusado não os tenha praticado ou 3) não se demonstre a sua autoria [39]; a presente questão prejudicial refere-se a esta terceira categoria.

67. Um veredicto desta índole implica uma apreciação do mérito ou, por outras palavras, uma decisão sobre a conduta na perspectiva

36 — O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, numa decisão de inadmissibilidade de 3 de Outubro de 2002 (processo n.º 48154/99, Zigarella contra Itália), afirmou que a garantia *ne bis in idem* actua independentemente da decisão. Outra mais recente, de 15 de Março de 2005 (processo n.º 70982/01, Horciag contra Roménia), reiterou a mesma ideia.

37 — No Livro verde referido na nota 6 destas conclusões, a Comissão interpela (pergunta 18) se, para que o princípio *ne bis in idem* produza efeitos, se tem de abordar «o mérito» (p. 12).

38 — No processo Gasparini (C-467/04, acórdão de 28 de setembro de 2006, Colect., p. I-9199), questão prejudicial apresentada pela Audiencia Provincial de Málaga, como órgão penal de primeira instância, o Tribunal de Justiça tem de decidir sobre a absolvição por prescrição.

39 — Poderia falar-se em «prova da inocência» e «falta de prova da culpabilidade», não fora presumir-se a inocência, pormenor nada despiciendo e relevante para esta questão do Rechtbank 's-Hertogenbosch.

da sua atribuição a um sujeito e, enquanto tal, esgota o *ius puniendi* estatal.

68. O princípio *ne bis in idem* opõe-se à repetição quer do castigo quer da «acção judicial» e do «julgamento». O artigo 54.º da Convenção utiliza a primeira expressão, enquanto o artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia utiliza a segunda. O acórdão Gözütock e Brügge foi extremamente claro ao sublinhar que o referido artigo 54.º «tem por objectivo evitar que [...] uma pessoa seja, pelos mesmos factos, *alvo de acção penal* no território de vários Estados-Membros» (n.º 38). Os acórdãos Miraglia e Van Esbroeck insistiram nesta interpretação (n.ºs 32 e 33, respectivamente), que não é tendenciosa, porque o referido princípio está, como indiquei, ao serviço da equidade e da segurança, associando-se ao direito a um julgamento justo; também defende a dignidade perante os tratamentos desumanos e degradantes, pois a prática de punir repetidamente a mesma infracção merece essa qualificação [40].

69. O processo penal representa, *per se*, uma provação necessária para quem, com base em indícios racionais, é considerado suspeito de uma acção reprovável; mas se os tribunais considerarem definitivamente que as acusações não foram demonstradas, nada autoriza a sua reabertura, nem sequer o surgimento de elementos novos que provem a autoria.

70. Esta consequência não deriva de um critério acessório, como o princípio *in dubio pro reo*, que opera no momento da apreciação da prova [41], mas de um direito fundamental, protector do cidadão face ao poder público, que só permite a absolvição se, salvaguardadas todas as garantias e praticadas as diligências acusatórias adequadas, a inocência subsistir.

71. Não se deve importunar quem já tenha sido declarado não culpado [42], quer esta condição seja verificada materialmente, quer resulte da referida garantia básica do indivíduo, comum às tradições constitucionais dos Estados-Membros e incluída na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 48.º, n.º 1), além de estar consagrada no artigo 6.º, n.º 2, da Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, constituindo um princípio geral do direito comunitário, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, UE.

40 — Saliento este aspecto na nota 10 das conclusões Van Esbroeck.

41 — Se há dúvidas quanto à existência dos elementos subjectivos e objectivos do tipo de infracção, a balança deve inclinar-se para o lado da absolvição.

42 — A iniciativa da República Helénica tendo em vista a adopção de uma decisão-quadro do Conselho relativa à aplicação do princípio *ne bis in idem* (JO 2003, C 100, p. 24)) quis estender o seu âmbito aos casos em que tenha sido declarada a inocência (artigo 2.º, n.º 1).

72. Em suma, concordo com a Comissão e com os Estados-Membros que apresentaram observações, à excepção de Espanha, em que uma pessoa absolvida por não se ter provado a acusação se deve considerar «julgada» para efeitos do artigo 54.º da Convenção [43].

73. Ninguém discute, nem mesmo o Governo espanhol, a importância, num ordenamento jurídico nacional, do princípio *ne bis in idem* em tais circunstâncias, pelo que não se deveria duvidar de uma solução semelhante num âmbito supranacional como o da União Europeia, a menos que se assuma uma posição mesquinha e reticente, que negue dois pilares deste espaço comum: a confiança mútua, com a recíproca aceitação das decisões jurisdicionais, e o respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos.

B — *Conceito de idem: «mesmos factos» (primeira questão)*

74. O acórdão Van Esbroeck trata este capítulo do reenvio prejudicial, adoptando a interpretação de que o artigo 54.º da Convenção exige a coincidência dos factos, entendida como um conjunto indissociável de acontecimentos, à margem da sua qualificação jurídica e do interesse protegido pelos tipos penais [44]. Acrescenta, depois, que essa qualificação se aplica à importação e exportação de uma remessa de estupefacientes, puníveis em diferentes Estados que reconhecem o acervo de Schengen, sem prejuízo de a apreciação definitiva caber às instâncias nacionais.

75. Esta abordagem acolhe as sugestões das minhas conclusões de 20 de Outubro de 2005 sobre a dimensão estritamente factual do conceito (n.os 41 a 49), sobre a sua aplicação ao transporte de uma determinada quantidade de droga de um Estado signatário para outro (n.os 50 a 52), bem como sobre a exegese do artigo 71.º da Convenção e dos pactos sectoriais das Nações Unidas (n.os 53 a 58).

76. Ainda que nesta fase da minha análise me sinta tentado a terminar, as particularidades do presente processo aconselham a que avance um pouco mais e teça algumas

43 — A doutrina não discute que uma absolvição definitiva supõe um julgamento no sentido do artigo 54.º da Convenção (Dannecker, G.: «La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa», *inDogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Madrid 2004, p. 171).

44 — Nas conclusões Gözütok e Brügge (n.os 48 e 56) aludo, de forma incidental, aos bens jurídicos e aos interesses tutelados pela norma que aplica a sanção, mas não se deve retirar esta afirmação do seu contexto para obter deduções precipitadas e transformar-me em caudilho de uma posição que recuso expressamente nas conclusões Van Esbroeck. Efectivamente, naquelas primeiras conclusões, para defender a dimensão internacional do princípio *ne bis in idem*, fiz referência aos valores, deixando porém entrever que na União Europeia e no espaço Schengen são irrelevantes, já que todos os Estados envolvidos os partilham (n.º 55 *in fine*).

reflexões complementares sobre o *idem*, sem invadir a tarefa do juiz de reenvio, a quem incumbe decidir se os factos que dão origem a um processo coincidem com os de outro processo anterior.

77. Esta última precisão dá razão ao Governo espanhol, segundo o qual não se deve dar atenção à segunda parte da primeira questão (a que está entre parênteses), dado que conduz a uma apreciação dos factos, vedada ao Tribunal de Justiça.

1. Elemento objectivo do *idem*

78. O acórdão Van Esbroeck faz alusão a «um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si» (n.º 36). Esta forma de expressão esconde um duplo aspecto objectivo.

79. Por um lado, deve atender-se ao espaço e ao tempo, de modo que, se em ambos aspectos existir unidade, não se pode dividir a realidade em episódios artificialmente isolados.

80. Por outro lado, sem abandonar os factos, o nexo psíquico do autor com os seus próprios actos não se afigura negligenciável.

81. Um único tempo, um único espaço, mas também um único intuito.

82. Há que ter em conta esta trilogia para verificar a igualdade exigida pelo princípio *ne bis in idem*, sem esquecer que não se exige a sua convergência. O lugar pode mudar, como no processo Van Esbroeck, em que se transportava uma quantidade de substâncias proibidas de um Estado-Membro para outro, sem que mude o evento. A trama do delito é susceptível de se prolongar e de se dividir em fases singulares, conservando, no que respeita à punição, a sua unidade [45]. Por fim, nada impede que, por vezes, a intenção do autor mude e, apesar dessa circunstância, o evento se mantenha inalterado.

2. Elemento subjectivo: existência e destino de outros implicados

83. O princípio *ne bis in idem*, garantia pessoal, proíbe um duplo julgamento pela

45 — O caso de J. L. Van Straaten, que levou de Itália para os Países Baixos uma quantidade de heroína, dispondo de parte dela neste último país, encaixa nesses parâmetros.

mesma acção. Assim, além da coincidência objectiva, exige-se a subjectiva, pelo que basta que um indivíduo seja julgado, para que não volte a ser importunado.

84. Por conseguinte, a colaboração de outros sujeitos, a eventualidade de que mudem ao longo da sequência criminal e a sorte que lhes esteja destinada através da punição penal têm carácter acessório.

85. Ou seja, o princípio controvertido neste processo opera apenas relativamente ao acusado uma primeira vez, sem que a situação se altere porque tenham participado outros sujeitos, que mudaram durante a execução do delito.

VII — Conclusão

86. À luz das reflexões anteriores, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda às questões suscitadas pelo Rechtbank 's-Hertogenbosch, declarando que:

«1) Uma pessoa foi 'julgada' na acepção do artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen se, após uma análise das provas, tiver sido absolvida por não se provarem as acusações imputadas.

2) Para apreciar a identidade factual há que:

— observar a materialidade dos comportamentos objecto de ambos os processos, abstraindo da sua qualificação jurídica e dos bens e interesses protegidos através da sua punição nos ordenamentos dos Estados signatários ou em que vigora o acervo de Schengen; e

— entender por 'factos' o conjunto dos acontecimentos indissociavelmente ligados entre si, para o que importa considerar a sua eventual unidade temporal e espacial, bem como da intenção do autor, sendo irrelevante que, em ambos os processos, o titular da garantia *ne bis in idem* figure com co-acusados distintos.

3) Cabe ao juiz nacional decidir, com base nos anteriores critérios, se constituem os 'mesmos factos' a posse de um lote de heroína em Itália, o seu transporte para os Países Baixos e a sua posse, em todo ou em parte, neste último Estado.»