Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADO-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 6 de fevereiro de 2014[1]

Processo C-398/12

Procura della Repubblica
contra
M

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunale di Fermo (Itália)]

«Artigo 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen [CAAS] — Princípio ne bis in idem — Despacho de não pronúncia que obsta a que seja movida ação penal à mesma pessoa pelos mesmos factos — Possibilidade de reabertura do procedimento caso se revelem novos factos e/ou provas — Procedimento penal instaurado noutro Estado-Membro por um crime emergente dos mesmos factos»

1. Na sequência de uma instrução criminal exaustiva, as autoridades judiciais de um Estado-Membro (Bélgica) recusaram o julgamento requerido da pessoa sob inquérito, proferindo, pelo contrário, um despacho de não pronúncia (em grandes linhas, equivalente à figura do «no case to answer» em direito inglês)[2]. Tal despacho extinguiu efetivamente a (potencial) ação penal antes do julgamento, mas, nos termos do direito nacional, o procedimento pode ser reaberto com base em novos factos e/ou provas imputáveis à referida pessoa. Com o seu pedido de decisão prejudicial, o Tribunale di Fermo (Itália) pretende saber se, nos termos do artigo 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen («CAAS»)[3], o princípio *ne bis in idem* obsta a que seja movida a essa pessoa ação penal por um crime emergente dos mesmos factos nos tribunais criminais de outro Estado-Membro.

I —**Quadro jurídico**

A – *Direito da UE*

2. O artigo 3.º, n.º 2, TUE dispõe o seguinte:

«A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno.»

1 — Língua original: inglês.

2 — A figura do «no case to answer» não é, em direito inglês, perfeitamente equivalente à não pronúncia, pois trata-se de requerimento formulado pela defesa ao tribunal durante o julgamento com base na prova prestada, que o tribunal é livre de deferir ou não. No caso do despacho de não pronúncia, são as autoridades judiciais que, por sua própria iniciativa, decidem que deve ser extinta a ação penal movida ao arguido.

3 — 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 (JO 2000, L 239, p. 19).

3. O artigo 67.º, n.º 1, TFUE tem a seguinte redação:

«A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros.»

4. Nos termos do segundo considerando do Protocolo n.º 19 ao TFUE [4], as Partes Contratantes visam preservar o acervo de Schengen e «desenvolver esse acervo a fim de contribuir para a consecução do objetivo de proporcionar aos cidadãos da União um espaço de liberdade, de segurança e de justiça sem fronteiras internas».

5. De acordo com o artigo 2.º desse Protocolo, o acervo de Schengen, que inclui a CAAS [5], é aplicável aos Estados-Membros a que se refere o artigo 1.º, entre os quais o Reino da Bélgica e a República Italiana.

6. O capítulo 3 do título III da CAAS («Polícia e Segurança»), sob a epígrafe «Aplicação do princípio *ne bis in idem*», abrange os artigos 54.° a 58.°

7. O artigo 54.º dispõe o seguinte:

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

8. O artigo 57.º prevê regras para assegurar a cooperação entre as autoridades competentes das partes contratantes a fim de procederem a trocas de informações de modo a aplicarem o princípio *ne bis in idem*.

9. O artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta») tem a seguinte redação:

«Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei.»

10. As Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais [6] referem, em relação ao artigo 50.º, que «a regra *non bis in idem* não se aplica apenas entre os órgãos jurisdicionais de um mesmo Estado, mas também entre os órgãos jurisdicionais de vários Estados-Membros. Tal corresponde ao acervo do direito da União; ver os artigos 54.° a 58.° da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen […] No que diz respeito às situações visadas pelo artigo 4.º do Protocolo n.º 7 [à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir 'CEDH')], a saber, a aplicação do princípio no interior de um mesmo Estado-Membro, o direito garantido tem o mesmo sentido e âmbito que o direito correspondente da CEDH».

4 — Protocolo (N.º 19) relativo ao acervo de Schengen integrado no âmbito da União Europeia (JO 2012, C 326, p. 290).

5 — O anexo do Protocolo ao Tratado de Amesterdão que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia (JO 1997, C 340, p. 93) enumera as matérias que fazem parte desse acervo. Entre estas matérias figura, no n.º 2, a CAAS.

6 — JO 2007, C 303, p. 31.

B – *CEDH*

11. O artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH prevê o seguinte:

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

2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afetar o resultado do julgamento.»

12. O Relatório Explicativo [7] do Protocolo n.º 7 enuncia, em relação ao artigo 4.º, o seguinte:

«(29) O princípio consagrado nesta disposição só é aplicável depois de o interessado ter sido absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal do Estado em causa. Tal pressupõe a existência de uma sentença definitiva, tal como definida anteriormente no ponto 22 [[8]].

(30) Porém, o processo poderá ser reaberto, nos termos da lei do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um aparente vício fundamental no processo puderem afetar o resultado do julgamento a favor do arguido ou em seu detrimento.

(31) O termo 'factos novos ou recentemente revelados' abrange novos meios de prova de factos pré-existentes. Além disso, este artigo não obsta à reabertura do processo a favor da pessoa condenada nem à alteração da sentença em benefício da pessoa condenada.»

13. Segundo a definição constante do Relatório Explicativo da Convenção Europeia sobre a Validade Internacional das Sentenças Penais [9], considera-se que uma sentença é definitiva se tiver adquirido força de caso julgado. É o que acontece quando a sentença é irrevogável, ou seja, quando já não é suscetível de recurso ordinário ou quando as partes esgotaram essas vias de recurso ou não agiram dentro dos prazos legais estabelecidos para o efeito.

C – *Direito nacional*

1. Lei belga

14. Nos termos do artigo 128.º do Code d'instruction criminelle (Código de Instrução Criminal, a seguir «CIC») belga, quando for requerido o julgamento de um arguido sob inquérito, «se a chambre du conseil concluir que os factos não constituem um crime, delito ou contravenção, ou que não existem factos e/ou provas contra o arguido, declarará que o procedimento não pode prosseguir». Tal decisão é conhecida como despacho de não pronúncia.

15. O artigo 246.º do CIC dispõe:

«Se a chambre des mises en accusation tiver decidido que não há matéria para julgamento, o arguido não pode posteriormente ser julgado com base nos mesmos factos, exceto quando se revelarem novos factos e/ou provas.»

7 — STE n.º 117.

8 — O ponto 22 faz referência à definição constante do Relatório Explicativo da Convenção Europeia sobre a Validade Internacional das Sentenças Penais (v. n.º 13 das presentes conclusões).

9 — STE n.º 070.

16. O artigo 247.º do CIC estabelece:

«São considerados novos factos e/ou provas os depoimentos de testemunhas, os documentos e as atas que não puderam ser submetidos à apreciação da chambre des mises en accusation e que sejam suscetíveis de reforçar as provas que esta considerou demasiado frágeis ou revelar os factos de outros modos que sejam úteis ao apuramento da verdade.»

17. A Cour de cassation (Supremo Tribunal) belga já enunciou [10] que os artigos 246.º e 247.º do CIC são aplicáveis, não apenas a respeito das decisões de que não há matéria para julgamento das chambres des mises en accusation, como ainda em todos os casos em que os tribunais de instrução, incluindo as chambres du conseil referidas no artigo 128.º do CIC, tenham posto termo a um inquérito penal através de um despacho de não pronúncia.

18. Quando se revelem novos factos e/ou provas, o artigo 248.º do CIC impõe que a autoridade policial ou juiz de instrução competentes remetam, sem demora, cópias dos documentos e da matéria factual e/ou probatória ao representante do Ministério Público no tribunal de segunda instância, o qual pode requerer ao presidente da chambre des mises en accusation que designe o juiz perante o qual será aberto um novo inquérito a requerimento do Ministério Público [11].

2. Lei italiana

19. O artigo 604.º do Código Penal prevê que os atos de violência sexual praticados por cidadãos italianos podem ser alvo de procedimento penal em Itália mesmo quando tenham sido praticados no estrangeiro.

II — **Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais**

20. M, um cidadão italiano residente na Bélgica, foi alvo de inquérito na Bélgica a respeito da alegada prática de múltiplos atos de violência sexual, ou, pelo menos, de atos ilícitos de natureza sexual, na sequência de uma série de denúncias apresentadas em inícios de 2004 pela sua nora, Q. Esta alegou que, entre maio de 2001 e fevereiro de 2004, M. tinha praticado na Bélgica esses atos contra a sua neta, N, que era menor (nascida em 29 de abril de 1999).

21. A polícia belga conduziu um inquérito exaustivo, durante o qual recolheu um vasto número de documentos, inquiriu diversas pessoas, incluindo N, e obteve vários relatórios de peritos. Os relatórios dos peritos incidiram, nomeadamente, sobre as seguintes questões: se a menor N apresentava sinais físicos e/ou psicológicos dos atos de violência denunciados; se a denunciante, Q, poderia ser considerada idónea; e se M sofria de um distúrbio de personalidade de natureza sexual.

22. Na sequência desse inquérito, a chambre du conseil do tribunal de première instance de Mons (tribunal de primeira instância de Mons) proferiu, em 15 de dezembro de 2008, um despacho de não pronúncia que pôs termo ao procedimento penal, em vez de remeter o arguido a julgamento, com base na insuficiência de provas de que M tinha praticado os atos que lhe eram imputados.

10 — Acórdão de 7 de setembro de 1982, Pas. 1983, I, 27-30.

11 — O texto em língua francesa dos relevantes artigos do CIC refere em primeiro lugar as «[nouvelles] charges», expressão que creio englobar tanto a (nova) matéria factual com as (novas) provas, e não os «éléments (ou «moyens») de preuves», ou seja, a prova enquanto tal. Tentei preservar esta distinção tanto quanto possível na continuação das presentes conclusões, utilizando a expressão «factos e/ou provas» (e, por vezes, matéria factual e/ou probatória) para significar «charges» e o termo «provas» quando o texto francês se refere à(s) prova(s).

23. Em 21 de abril de 2009, a chambre des mises en accusation da Cour d'appel de Mons (tribunal de segunda instância de Mons) confirmou o despacho de não pronúncia. Esta decisão foi por seu turno confirmada pela Cour de cassation, por acórdão de 2 de dezembro de 2009. Esta última decisão pôs definitivamente termo ao procedimento na Bélgica, ressalvada apenas a possibilidade do surgimento de novos factos e/ou provas (como previsto nos artigos 246.° e 247.° do CIC).

24. Entretanto, no seguimento de uma denúncia apresentada por Q à polícia italiana em 23 de novembro de 2006, foi aberto procedimento penal contra M no Tribunale di Fermo, em Itália, com base nos mesmos factos que tinham dado origem ao inquérito realizado na Bélgica. Seguiu-se uma instrução exaustiva que incidiu essencialmente sobre a mesma matéria alvo do inquérito que decorria paralelamente na Bélgica. Em 19 de dezembro de 2008 (ou seja, quatro dias após a chambre du conseil do Tribunal de première instance de Mons ter proferido o seu despacho de não pronúncia), o juiz de instrução do Tribunale di Fermo remeteu M a julgamento perante o coletivo daquele tribunal.

25. Numa audiência realizada em 9 de dezembro de 2009 no Tribunale di Fermo, M alegou que tinha o direito de invocar o princípio *ne bis in idem* à luz do acórdão proferido uma semana antes (em 2 de dezembro de 2009) pela Cour de cassation belga e que tinha posto termo ao procedimento que decorria paralelamente na Bélgica.

26. Perante este cenário, o Tribunale di Fermo (Itália) suspendeu a instância e submeteu a seguinte questão:

«Um despacho definitivo de não pronúncia, proferido num Estado-Membro da União Europeia signatário da CAAS, no termo de uma instrução exaustiva levada a cabo através de um inquérito efetuado no âmbito de um processo que pode ser reaberto mediante apresentação de novas provas, obsta à abertura ou ao prosseguimento de um processo instaurado pelos mesmos factos e contra a mesma pessoa noutro Estado contratante?»

27. Foram apresentadas observações escritas por Q, pelos Governos austríaco, belga, alemão, italiano, neerlandês, polaco e suíço e pela Comissão. Q, os governos alemão, neerlandês e polaco e a Comissão estiveram representados na audiência realizada em 12 de setembro de 2013, na qual apresentaram alegações orais.

III — **Apreciação**

28. A resposta à questão do órgão jurisdicional de reenvio requer a interpretação da expressão «definitivamente julgado» constante do artigo 54.º da CAAS. Um despacho de não pronúncia, como o proferido no procedimento belga, corresponde ao julgamento definitivo de uma pessoa, sendo, pois, aplicável o princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 54.º?

29. A jurisprudência do Tribunal de Justiça a respeito do artigo 54.º da CAAS e do princípio *ne bis in idem*[12] no tocante a decisões que põem termo a procedimentos penais antes e depois do julgamento não fornece uma resposta inequívoca a essa questão.

12 — Acórdão de 11 de fevereiro de 2003, Gözütok e Brügge (C-187/01 e C-385/01, Colet., p. I-1345); acórdão de 10 de março de 2005, Miraglia (C-469/03, Colet., p. I-2009); acórdão de 28 de setembro de 2006, Gasparini e o. (C-467/04, Colet., p. I-9199); acórdão de 28 de setembro de 2006, Van Straaten (C-150/05, Colet., p. I-9327); acórdão de 11 de dezembro de 2008, Bourquain (C-297/07, Colet., p. I-9425); e acórdão de 22 de dezembro de 2008, Turanský (C-491/07, Colet., p. I-11039).

30. Quando a decisão é proferida após julgamento, a jurisprudência enuncia que a regra *ne bis in idem* é aplicável, quer o arguido tenha sido absolvido quer tenha sido condenado. O mesmo é válido para os casos de condenação do arguido em julgamento à revelia (sem prejuízo da obrigação imposta pelo direito nacional de instaurar um novo procedimento em caso de detenção posterior do revel) [13] e de absolvição por insuficiência de provas no seguimento de um julgamento cabal [14]. Neste último acórdão, o Tribunal de Justiça recusou-se expressamente a se pronunciar sobre a questão geral de saber se o artigo 54.º da CAAS é aplicável no caso de uma absolvição que *não* se baseie numa apreciação de mérito. Limitou-se a confirmar que uma absolvição por insuficiência de provas «se baseia nessa apreciação» e consequentemente é abrangida pelo princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 54.º da CAAS [15].

31. Nos casos em que a decisão é tomada antes da conclusão do julgamento, o Tribunal de Justiça adotou uma abordagem igualmente liberal. O princípio *ne bis in idem* aplica-se quando — sem intervenção de um órgão jurisdicional — o Ministério Público arquiva o procedimento instaurado ao arguido após este ter concordado em pagar uma determinada soma em dinheiro pelo seu comportamento [16]. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça identificou como objetivo do artigo 54.º da CAAS «evitar que uma pessoa, pelo facto de exercer o seu direito de livre circulação, seja, pelos mesmos factos, submetida a uma ação penal no território de vários Estados-Membros», acrescentando que, para a realização completa desse objetivo, é necessário que o artigo 54.º seja aplicável a «decisões que extingam definitivamente os procedimentos criminais num Estado-Membro, ainda que sejam adotadas sem a intervenção de um órgão jurisdicional e não tenham a forma de uma sentença» [17].

32. A regra *ne bis in idem* também é aplicável quando a ação penal no «primeiro» Estado tenha sido extinta por prescrição [18], não obstante a legislação dos Estados contratantes em matéria de prazos de prescrição não ter sido harmonizada, com o resultado de o procedimento poder não estar prescrito no «segundo» Estado-Membro (creio que, à luz deste enunciado, não pode colher a argumentação apresentada pela Comissão no presente processo, no sentido de o artigo 54.º da CAAS só ser aplicável às decisões proferidas após julgamento que absolva o arguido por insuficiência de provas) [19]. O Tribunal de Justiça salientou no acórdão Gasparini e o. que o princípio *ne bis in idem* implica necessariamente que exista uma confiança mútua dos Estados contratantes nos respetivos sistemas de justiça penal e, consequentemente, que cada um dos referidos Estados aceite a aplicação do direito penal em vigor nos outros Estados contratantes, ainda que a aplicação do seu direito nacional pudesse conduzir a uma solução diferente [20].

33. Em contrapartida, no acórdão Miraglia [21], o procedimento penal em curso nos Países Baixos tinha sido suspenso com fundamento na pendência de um procedimento instaurado em Itália ao mesmo arguido pelos mesmos factos. A decisão de suspensão da instância proibia qualquer ação penal nos Países Baixos pelos mesmos factos e qualquer cooperação judiciária com autoridades estrangeiras, exceto se existissem novas provas [22]. O Tribunal de Justiça entendeu que essa decisão judicial, que tinha sido proferida sem qualquer apreciação de mérito, não podia constituir uma decisão que tivesse definitivamente julgado o arguido na aceção do artigo 54.º da CAAS e desse modo impedisse o

13 — Acórdão Bourquain (referido na nota 12, n.os 39 e 40).

14 — Acórdão Van Straaten (referido na nota 12, n.º 58). O advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer referiu que nenhuma das partes que tinha apresentado observações punha em causa a aplicação, num ordenamento jurídico *nacional*, do princípio *ne bis in idem* nas circunstâncias em causa (v. n.º 73 das conclusões que apresentou no processo que deu origem a esse acórdão).

15 — *Ibidem* (n.º 60).

16 — Acórdão Gözütok e Brügge (referido na nota 12, n.º 48).

17 — *Ibidem* (n.º 38).

18 — Acórdão Gasparini e o. (referido na nota 12, n.º 33).

19 — Tendo afirmado a aplicabilidade do princípio *ne bis in idem*, o Tribunal de Justiça considerou claramente que era irrelevante o facto de a aplicação do prazo de prescrição significar que os arguidos nunca tinham estado sob ameaça de julgamento («in jeopardy») na primeira série de procedimentos.

20 — Acórdão Gasparini e o. (referido na nota 10, n.os 29 e 30).

21 — Referido na nota 12.

22 — *Ibidem* (n.º 22).

prosseguimento da ação penal em Itália [23]. Se a decisão neerlandesa (tomada exatamente *porque* estava pendente um outro procedimento em Itália) fosse considerada suficiente para desencadear a aplicação do princípio *ne bis in idem*, «teria o efeito de dificultar, ou mesmo impossibilitar, qualquer hipótese concreta de punir nos Estados-Membros em causa o comportamento ilícito imputado ao arguido» [24]. Portanto, o Tribunal de Justiça salientou a importância de assegurar a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de prevenção e combate à criminalidade [25] (o que, como refere o artigo 3.º, n.º 2, TUE, constitui o objetivo das disposições do título V que criam um espaço de liberdade, segurança e justiça).

34. No processo na origem do acórdão Turanský [26], tinha sido proferida uma decisão de arquivamento do procedimento numa fase anterior à acusação do arguido. De acordo como o direito nacional, essa decisão não constituía um obstáculo à instauração de um novo procedimento penal pelos mesmos factos. O Tribunal de Justiça entendeu que a decisão de arquivamento não permitia considerar que o arguido tinha sido «definitivamente julgado» e servir de base à aplicação do princípio *ne bis in idem* [27]. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça enunciou o «critério Turanský» para se determinar se uma pessoa foi ou não «definitivamente julgada». A decisão «deve pôr termo ao processo e extinguir a ação pública de forma definitiva» [28]; e «há que começar por verificar […] se o direito nacional do Estado contratante cujas autoridades tomaram a decisão em causa a considera definitiva e vinculativa, e certificar-se de que essa decisão dá origem, nesse Estado, à proteção conferida pelo princípio *ne bis in idem*» [29]. Este critério foi confirmado e aplicado no acórdão Mantello (um processo relacionado com o mandado de detenção europeu) [30].

35. Em termos gerais, creio que a abordagem seguida até à data pelo Tribunal de Justiça não é diferente da abordagem do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativamente ao artigo 4.º, n.º 1, do Protocolo n.º 7 à CEDH. A garantia conferida ao abrigo desse artigo «assume relevância […] quando uma absolvição ou condenação anterior já tenha adquirido força de caso julgado» [31]. Como, além disso, esclarece o Relatório Explicativo desse Protocolo, «é o que acontece quando [a decisão] é irrevogável, ou seja, quando já não é suscetível de recurso ordinário ou quando as partes esgotaram essas vias de recurso ou não agiram dentro dos prazos legais estabelecidos para o efeito» [32].

36. A formulação do princípio *ne bis in idem* no artigo 50.º da Carta reflete a do artigo 4.º do Protocolo n.º 7. As Anotações relativas à Carta dispõem que o artigo 50.º «não se aplica apenas entre os órgãos jurisdicionais de um mesmo Estado, mas também entre os órgãos jurisdicionais de vários Estados-Membros», acrescentando que, «[n]o que diz respeito às situações visadas pelo artigo 4.º do Protocolo n.º 7, a saber, a aplicação do princípio no interior de um mesmo Estado-Membro, o direito garantido tem o mesmo sentido e âmbito que o direito correspondente da CEDH».

23 — *Ibidem* (n.º 35). A este propósito, v. também, no contexto do direito da concorrência, acórdão de 15 de outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschaappij e o./Comissão (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Colet., p. I-8375, n.º 62), no qual o Tribunal de Justiça considerou que uma decisão de anulação que tinha sido proferida sem que tivesse havido uma decisão de fundo quanto aos factos imputados não podia ser equiparada a uma absolvição para efeitos de aplicação do princípio *ne bis in idem*.

24 — Acórdão Miraglia (referido na nota 12, n.º 33).

25 — *Ibidem* (n.º 34).

26 — Referido na nota 12.

27 — Acórdão Turanský (referido na nota 12, n.ºs 39 e 40).

28 — *Ibidem* (n.º 34).

29 — *Ibidem* (n.º 35).

30 — Acórdão de 16 de novembro de 2010 (C-261/09, Colet., p. I-11477, n.º 46). O 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-Membros (JO 2002 L 190, p. 1), inclui o princípio *ne bis in idem* nos motivos de não execução obrigatória do mandado de detenção europeu. No acórdão Mantello, o Tribunal de Justiça reconheceu (no n.º 40) que, «[t]endo em conta o objetivo comum dos artigos 54.° da CAAS e 3.°, n.º 2, da decisão-quadro […] há que admitir que a interpretação deste conceito apresentada no quadro da CAAS é igualmente válida no contexto da decisão-quadro». A Grande Secção citou então (nos n.ºs 45 a 47) a já referida jurisprudência em apoio do critério Turanský.

31 — V. TEDH, acórdão Sergey Zolotukhin c. Rússia de 10 de fevereiro de 2009, nº 14939/03, *Recueil des arrêts et décisions* 2009-I, p. 291, § 83.

32 — Referido no n.º 13 das presentes conclusões.

A – *O despacho de não pronúncia significou o julgamento definitivo de M na Bélgica?*

37. Normalmente, os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro no qual foi invocado o princípio *ne bis in idem* (neste caso, a Itália) devem decidir essa questão com base nas informações e na assistência prestadas, em conformidade com o artigo 57.º da CAAS, pelo Estado-Membro no qual foi proferida a decisão invocada para desencadear a aplicação do referido princípio (neste caso, a Bélgica) [33]. O critério a aplicar é o enunciado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Turanský [34]. Como acontece no presente caso, o órgão jurisdicional nacional pode, se necessário, solicitar assistência adicional ao Tribunal de Justiça, apresentando um pedido de decisão prejudicial.

38. Conclui-se do despacho de reenvio que, nos termos do direito belga, a decisão da Cour de cassation de 2 de dezembro de 2009 tem por efeito proibir o prosseguimento da ação penal contra o arguido com base nos mesmos factos. A ação penal não foi informalmente «suspensa»; foi formalmente proibido o seu prosseguimento. É verdade que é possível reabrir um procedimento após um despacho de não pronúncia caso se revelem novos factos e/ou provas, mas tal possibilidade é limitada. A nova matéria factual e/ou probatória tem de ser suscetível de reforçar as provas que a chambre des mises en accusation (ou, neste caso, a chambre du conseil) considerou demasiado frágeis ou de revelar os factos sob outros modos úteis ao apuramento da verdade (artigo 247.º do CIC). O procedimento só pode ser reaberto a requerimento do magistrado do Ministério Público, o qual goza do poder discricionário de apresentar ou não esse requerimento (artigo 248.º do CIC) [35]. Tanto quanto consegui apurar, uma parte civil não pode forçar o magistrado do Ministério Público a requerer a reabertura do procedimento penal nem requerer a instauração de um novo procedimento com base nos factos e/ou provas examinados quando foi proferido o despacho de não pronúncia. No presente caso, foram movidas as vias de recurso ordinário a respeito desse despacho, as quais se esgotaram com a decisão da Cour de cassation. Assim, a decisão da chambre du conseil do Tribunal de première instance de Mons adquiriu força de caso julgado e M está protegido, por essa decisão, contra ações penais movidas na Bélgica. O critério Turanský está, pois, satisfeito.

39. Contudo, o Governo belga alegou (nas suas observações escritas, pois não se fez representar na audiência) que tal decisão não é definitiva, visto que existe a possibilidade de o procedimento ser reaberto à luz de novos factos e/ou provas, e que, por conseguinte, o princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 54.º da CAAS não é aplicável. Creio que existem duas linhas de pensamento que podem estar subjacentes a esta alegação. A primeira é que constitui apenas um lamentável acidente cronológico o facto de o julgamento penal em Itália só ter começado uma semana após ter sido proferida a decisão da Cour de cassation belga e que, quando, como no presente caso, os factos imputados ao arguido sejam graves e desagradáveis, este «deveria» responder por eles em tribunal, existindo essa possibilidade. A segunda é que o princípio *ne bis in idem* nunca seria aplicável num «segundo» Estado-Membro enquanto existir a possibilidade, ainda que vaga ou remota, de o procedimento penal ser reaberto ou ser novamente instaurado no «primeiro» Estado-Membro. Analisarei separadamente cada um destes aspetos.

B –*Uma questão cronológica?*

40. Um dos aspetos mais notáveis do presente reenvio é a cronologia dos procedimentos. As duas instruções criminais exaustivas, uma na Bélgica e outra na Itália, decorreram em paralelo. Os órgãos jurisdicionais dos dois Estados-Membros intervieram então pela seguinte ordem: a) despacho de não pronúncia pela chambre du conseil do Tribunal de première instance de Mons, Bélgica (15 de dezembro de 2008); b) decisão de remeter M a julgamento pelo juiz de instrução do Tribunale

33 — V, a este respeito, acórdão Mantello (referido na nota 12, n.ºs 48 e 49).

34 — V. n.º 34 das presentes conclusões.

35 — V., igualmente, n.º 44 das presentes conclusões.

di Fermo, Itália (19 de dezembro de 2008); c) despacho de não pronúncia confirmado pela chambre des mises en accusation da Cour d'appel de Mons, Bélgica (21 de abril de 2009); d) decisão da Cour d'appel de Mons confirmada pela Cour de cassation, Bélgica (2 de dezembro de 2009); e, por último, e) audiência de julgamento perante o coletivo do Tribunale di Fermo, Itália (9 de dezembro de 2009).

41. Poderá ser útil examinar vários momentos no quadro desta cronologia, a fim de determinar se o arguido M pode invocar o princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 54.º da CAAS e, em caso afirmativo, em que fase e com que fundamento.

42. Na data em que o juiz de instrução do Tribunale di Fermo remeteu M a julgamento (19 de dezembro de 2008), a chambre du conseil do Tribunal de première instance de Mons tinha acabado de proferir o seu despacho de não pronúncia (15 de dezembro de 2008). Contudo, essa decisão ainda não se tinha tornado «definitiva» nos termos do direito nacional, pois podia ser (como efetivamente foi) objeto de recurso. Por conseguinte, nessa fase, M não poderia ter invocado o princípio *ne bis in idem* para pôr termo ao procedimento em curso na Itália.

43. Se o julgamento de M na Itália tivesse seguido o seu curso e tivesse sido proferida uma sentença antes de 21 de abril de 2009 (decisão da Cour d'appel de Mons) ou, mesmo, antes de 2 de dezembro de 2009 (decisão da Cour de cassation belga), a análise seria a mesma. Embora em ambos os casos tivesse sido proferida uma decisão anterior relativamente à mesma pessoa pelos mesmos factos noutro Estado-Membro, essa decisão não se teria tornado «definitiva» nos termos do direito nacional.

44. Porém, a posição altera-se em 2 de dezembro de 2009. A partir dessa data, M — se estivesse na Bélgica — gozaria da proteção contra a ação penal que é conferida pela decisão definitiva da Cour de cassation que confirmou o despacho de não pronúncia. É certo que, *caso* se vierem a revelar novos factos e/ou provas, o artigo 248.º do CIC impõe que a autoridade policial ou o juiz de instrução competentes enviem, sem demora, cópias dos documentos e provas ao representante do Ministério Público no tribunal de segunda instância. Essa diligência é obrigatória. Verifica-se que esse representante do Ministério Público goza então de um poder discricionário [36]: «pode» (presumivelmente, se considerar que os novos factos e/ou provas farão a necessária diferença) requerer ao presidente da chambre des mises en accusation que designe o juiz perante o qual decorrerá o novo inquérito. Se entender que os novos factos e/ou provas não fazem diferença ou são insuficientes, presumivelmente não fará tal diligência. Todavia, na *falta* da revelação desses novos factos e/ou provas e da abertura desse novo procedimento, M estaria protegido contra a ação penal [37].

45. Não se pode admitir que uma pessoa perca a proteção de que goza ao abrigo do direito penal nacional devido ao exercício dos seus direitos de livre circulação. Por esta razão, a decisão de 2 de dezembro de 2009 da Cour de cassation belga deve obstar a que M seja julgado em Itália após essa data.

46. Por uma questão de exaustividade, abordarei mais quatro aspetos.

47. Em primeiro lugar, considero que a data relevante é necessariamente a data em que é proferida uma decisão judicial por um órgão jurisdicional e não a data (posterior) em que essa decisão chega ao conhecimento de um magistrado do Ministério Público ou de um órgão jurisdicional de outro Estado-Membro. Esta posição é ditada por imperativos de segurança jurídica. A data da decisão é certa. A data da notificação é variável e pode ser afetada por agentes externos.

36 — O texto em língua francesa reza: «[…] sur la réquisition du procureur general […]» (a requerimento do procurador-geral), o que implica que pode ou não apresentar tal requerimento.

37 — V. n.º 38 das presentes conclusões.

48. Em segundo lugar, uma pessoa remetida a julgamento está sob sua «ameaça» («in jeopardy») até ao momento em que seja proferida a decisão que determine o resultado do seu julgamento. Poderá decorrer algum tempo (que, felizmente, não costuma ser tanto quanto foi no presente caso) entre a data em que a pessoa é remetida a julgamento e a data em que o julgamento tem início; por sua vez, o próprio julgamento poderá demorar algum tempo. O princípio *ne bis in idem* visa evitar a dupla ameaça de julgamento («double jeopardy»). Donde decorre, em meu entender, que o princípio *ne bis in idem* não deixa de ser aplicável nem no dia em que o arguido é remetido a julgamento nem no dia em que tem início o seu julgamento. Pelo contrário, este princípio pode ser invocado até ao dia em que seja determinado o resultado desse julgamento.

49. Em terceiro lugar, se uma pessoa *tiver* sido julgada e condenada num «segundo» Estado-Membro, o facto de uma decisão proferida contra a mesma pessoa pelos mesmos factos no «primeiro» Estado-Membro se vir posteriormente a tornar definitiva é irrelevante, pois, quando foi *julgada* no segundo Estado-Membro (ainda) não tinha sido proferida uma decisão definitiva no primeiro Estado-Membro. É evidente que a decisão proferida no segundo Estado-Membro pode ser objeto de recurso ao abrigo do direito nacional com qualquer um dos fundamentos previstos na legislação penal desse Estado-Membro. Porém, o artigo 54.º da CAAS continua a não poder ser invocado.

50. Em quarto lugar, é necessário responder de alguma forma à pergunta: «como justificar o tempo perdido pela polícia e as verbas públicas gastas num instrução exaustiva no segundo Estado-Membro caso o princípio *ne bis in idem* seja aplicável nestas circunstâncias e não seja possível prosseguir a ação penal instaurada a uma pessoa que já foi remetida a julgamento?»

51. Existe claramente uma questão subjacente, também seriamente digna de consideração, a respeito da «corrida ao procedimento penal» e dos possíveis conflitos de competência em matéria penal. Presentemente, não existem ao nível da UE regras acordadas a respeito da atribuição da competência penal [38]. A aplicação do princípio *ne bis in idem* resolve o problema de um modo limitado e, por vezes, arbitrário [39]. Não constitui um substituto satisfatório a uma atuação destinada a resolver estes conflitos nos termos de um quadro de regras previamente acordadas.

52. O direito da UE prevê atualmente algumas regras para o intercâmbio de informações entre autoridades de investigação de diferentes Estados-Membros [40]. A Decisão-Quadro 2009/948/JAI do Conselho [41], que foi publicada e entrou em vigor em 15 de dezembro de 2009 (e que, por conseguinte, é posterior ao procedimento italiano no processo principal), exige que a autoridade competente de um Estado-Membro contacte a autoridade competente de outro Estado-Membro se existirem razões fundadas para crer que corre um procedimento paralelo nesse Estado-Membro, com vista a dar início a consultas diretas. Essas consultas devem ter por objetivo evitar as consequências negativas dos procedimentos paralelos e, em certos casos, poderão levar à concentração do procedimento penal num único Estado-Membro.

38 — Relativamente às tentativas de resolução do problema, v. Livro Verde da Comissão sobre os conflitos de competência e o princípio *ne bis in idem* no âmbito dos procedimentos penais [SEC (2005) 1767], e respetivo anexo [COM(2005) 696 final], de 23 de dezembro de 2005, e as respostas ao mesmo. V. também a análise de Fletcher, M. — «The problem of multiple criminal prosecutions: building an effective EU response», *Yearbook of European Law*, vol. 26, 2007, pp. 33 a 56. No que respeita a casos referentes à regra *ne bis in idem* que — pelo menos em certa medida — poderão ter resultado da insatisfação gerada pelo facto de as autoridades de outro Estado-Membro terem instaurado o procedimento penal primeiro, v., designadamente, acórdão de 9 de março de 2006, Van Esbroeck (C-436/04, Colet., p. I-2333), e acórdão de 18 de julho de 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, Colet., p. I-6619).

39 — Para uma análise aprofundada desta questão mais vasta, v. Fletcher, M., Lööf, R., e Gilmore, B. — «EU Criminal Law and Justice», *Elgar European Law*, 2008, pp. 131 a 138, especialmente pp. 132 a 133.

40 — Em termos de organismos institucionais, v. Decisão 2002/187/JAI do Conselho, de 28 de fevereiro de 2002, relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade (JO 2002, L 63, p. 1), e a Convenção elaborada com base no artigo K.3 do Tratado da União que cria um Serviço Europeu de Polícia (Convenção Europol) (JO 1995, C 316, p. 2).

41 — Decisão-Quadro do Conselho, de 30 de novembro de 2009, relativa à prevenção e resolução de conflitos de exercício de competência em processo penal (JO L 328, p. 42).

53. Em certa medida, este intercâmbio dá uma resposta a estas questões subjacentes no presente caso (e que já tinham sido suscitadas anteriormente no processo na origem do acórdão Miraglia). Porém, a decisão-quadro não harmoniza a lei e os procedimentos nacionais neste ramo do direito. Em especial, não obriga a que os Estados-Membros renunciem à sua competência ou a exerçam [42]. Enquanto o legislador não fornecer uma solução mais exaustiva para o problema dos procedimentos paralelos, será forçosamente necessário aplicar o princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 54.º da CAAS para preencher essa lacuna.

C –*«Caso exista a possibilidade (teórica) de o procedimento ser reaberto, o princípio ne bis in idem não é aplicável»*

54. Nem o artigo 54.º da CAAS nem o artigo 50.º da Carta preveem expressamente se o princípio *ne bis in idem* é aplicável caso se revelem novos factos e/ou provas. A anotação *ad* artigo 50.º da Carta é bastante útil, na medida em que esclarece que, sempre que o direito consagrado na Carta seja aplicável no contexto de um único Estado-Membro, «o direito garantido tem o mesmo sentido e âmbito que o direito correspondente da CEDH».

55. Voltando, pois, à CEDH, o artigo 4.º, n.º 2, do Protocolo n.º 7 à CEDH prevê que as disposições do artigo 4.º, n.º 1 (que protegem o direito a não ser julgado ou punido mais do que uma vez pela mesma infração) não impedem a reabertura do processo se existirem «factos novos ou recentemente revelados». O Relatório Explicativo do Protocolo n.º 7 esclarece [43] que o termo «factos novos ou recentemente revelados» abrange «novos meios de prova de factos pré-existentes». Por conseguinte, a possibilidade excecional prevista no direito belga de reabrir um procedimento penal após um despacho de não pronúncia espelha de muito perto o que está previsto no artigo 4.º, n.º 2, do Protocolo n.º 7.

56. Tal como leio o Protocolo n.º 7 à CEDH, o artigo 4.º, n.º 1, confere a proteção do princípio *ne bis in idem*. O artigo 4.º, n.º 2, prevê seguidamente uma derrogação à aplicação do princípio *ne bis in idem*, permitindo a reabertura do procedimento (nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa), apesar de o princípio *ne bis in idem* ser aplicável caso essa derrogação não o seja. Tal não significa (e diria mesmo que, em termos razoáveis, não pode certamente ser interpretado no sentido de significar) que, enquanto existir a possibilidade teórica de se revelarem «novos meios de prova de factos pré-existentes», o princípio *ne bis in idem* não é aplicável. Em teoria, podem sempre surgir novos factos e/ou provas que completem os anteriormente existentes. A interpretação defendida pela Bélgica retiraria, assim, qualquer efeito útil ao princípio *ne bis in idem*. Pese embora o órgão jurisdicional supremo tenha confirmado o despacho de não pronúncia e este tenha adquirido força de caso julgado, o arguido ver-se-ia privado da própria proteção que o direito nacional lhe reconhece. Se tivesse sido instaurado um segundo procedimento penal na Bélgica (e não na Itália), é manifesto que não poderia prosseguir em virtude desse despacho.

57. Deveria essa conclusão ser diferente se o segundo procedimento tiver sido instaurado num «segundo» Estado-Membro diferente?

58. Endendo que não. O objetivo do artigo 54.º da CAAS é precisamente evitar que uma pessoa que exerça o seu direito de livre circulação perca a proteção conferida pelo princípio *ne bis in idem* da qual, caso contrário, gozaria. É evidente que a aplicação do princípio *ne bis in idem* desencadeada por uma decisão proferida num Estado-Membro (neste caso, a Bélgica) pode impedir a ação penal noutro Estado-Membro (neste caso, a Itália), mesmo nos casos em que os órgãos jurisdicionais do segundo

42 — V. considerando 11 da decisão-quadro.

43 — Referido no n.º 13 das presentes conclusões (n.º 31).

Estado-Membro tenham chegado a uma conclusão diferente com base essencialmente nos mesmos factos e/ou provas. Todavia, a possibilidade de resultados diferentes constitui uma consequência do facto de o princípio *ne bis in idem* ser aplicável apesar da falta de harmonização, assentando num elevado grau de confiança mútua [44].

59. Mais essencial, porem, é o facto de ser evidente que o princípio *ne bis in idem* não constitui um obstáculo à reabertura do procedimento caso se revelem novos factos e/ou provas. [45] Se, no presente caso, as autoridades italianas responsáveis pela ação penal disponibilizarem o que se encontra na sua posse aos seus colegas belgas, estes poderão ponderar a matéria factual e/ou probatória e decidir se devem ou não tentar a reabertura do procedimento penal belga ao abrigo dos artigos 246.°, 247.° e 248.° do CIC. Saliento, no entanto, que (em meu entender) um novo procedimento contra um arguido que beneficia de um despacho definitivo de não pronúncia tem necessariamente de ser instaurado *no Estado-Membro onde essa decisão foi proferida* (ou seja, no primeiro Estado-Membro). Os órgãos jurisdicionais do segundo Estado-Membro não podem curto-circuitar o procedimento (e as garantias processuais que o direito nacional do primeiro Estado-Membro confere ao arguido), decidindo, para julgar esse arguido, utilizar elementos que poderão (ou não) constituir «novos» factos e/ou provas.

IV —Conclusão

60. Visto o precedente, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão submetida pelo Tribunale di Fermo (Itália) do seguinte modo:

O artigo 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo Schengen deve ser interpretado no sentido de que um despacho definitivo de não pronúncia que extingue o procedimento penal, proferido na sequência de uma instrução exaustiva, que obsta a que seja movida ação penal à mesma pessoa pelos mesmos factos, mas que, nos termos do direito nacional, não obsta à possibilidade de reabertura do procedimento caso se revelem novos factos e/ou provas, constitui uma decisão que julga definitivamente o arguido e que desencadeia a aplicação do princípio *ne bis in idem* consagrado no referido artigo.

44 — V. Conclusões da Presidência (n.º 200/1/99), na sequência do Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999, e acórdão Gasparini e o. (referido na nota 12, n.os 30 e 32).

45 — V. n.os 54 a 56 das presentes conclusões.