CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 19 de Setembro de 2002 [1]

Índice

I — Introdução I-1349

II — Direito europeu aplicável I-1349

III — Os factos, os litígios nos processos principais e as questões prejudiciais I-1352

1. Processo C-187/01 ..... I-1352

2. Processo C-385/01 ..... I-1353

IV — O processo no Tribunal de Justiça I-1354

V — Observações relativas à competência do Tribunal de Justiça nos termos do artigo 35.° UE I-1354

VI — A análise das questões prejudiciais I-1356

1. Algumas observações preliminares I-1356

2. O artigo 54.° da convenção como expressão genuína do princípio ne bis in ... I-1357

3. Os fundamentos do princípio ne bis in idem — A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a este princípio I-1358

4. A transacção em matéria penal como manifestação do ius puniendi I-1361

A — Os mecanismos de transacção nos Estados-Membros I-1362

B — O objecto e a finalidade da transacção em matéria penal I-1365

C — A transacção em matéria penal, uma forma de fazer justiça I-1366

D — A garantia dos direitos do particular na transacção em matéria penal ... I-1367

E — A força de caso julgado da transacção em matéria penal I-1369

5. A interpretação da expressão «definitivamente julgado» do artigo 54.° da convenção I-1370

6. A outra face da moeda: o princípio da confiança mútua I-1374

VII— Conclusão I-1377

1 — Língua original: espanhol.

I — Introdução

1. O designado acervo de Schengen integra:

a) o acordo, assinado em 14 de Junho de 1985 na cidade luxemburguesa do mesmo nome, pelos três Estados que formam a União Económica Benelux, pela República Federal da Alemanha e pela República Francesa, relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns (a seguir «Acordo de Schengen») e

b) a convenção de aplicação do referido acordo, assinada em 19 de Junho de 1990 pelas mesmas partes contratantes [2] (a seguir «convenção») [3].

2. Estas questões prejudiciais, submetidas ao abrigo do artigo 35.° UE [4], dão ao Tribunal de Justiça a oportunidade de interpretar, pela primeira vez, a convenção.

3. As dúvidas do Oberlandesgericht Köln e do Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne dizem respeito ao artigo 54.° Trata-se de saber se o princípio *ne bis in idem* [5], que a referida disposição enuncia, é aplicável quando o procedimento penal se tenha extinguido no ordenamento jurídico de um dos Estados signatários como consequência de uma transacção acordada entre o Ministério Público e o arguido.

II — Direito europeu aplicável

4. O artigo 1.° do protocolo através do qual o acervo de Schengen é integrado no âmbito da União Europeia, anexo ao tratado homónimo e ao Tratado que institui a Comunidade Europeia (a seguir «protocolo»), autorizou treze Estados-Membros, entre os quais a República Federal da Alemanha, o Reino da Bélgica e o Reino dos Países Baixos [6] a estabelecerem uma cooperação reforçada nos domínios abrangidos pelo referido património jurídico.

5. O acervo de Schengen destina-se, como afirma o preâmbulo do protocolo, «a

2 — JO 2000, L 239, p. 19.

3 — Também inclui os protocolos e acordos de adesão a ambos os instrumentos de outros Estados-Membros da União Europeia, as decisões e as declarações adoptadas pelo comité executivo criado pela convenção, assim como as decisões adoptadas pelas instâncias a que o mencionado comité tenha atribuído competências decisórias.

4 — Ex-artigo K.7 do Tratado da União Europeia.

5 — Nem sequer na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem estão bem definidos os contornos deste princípio, como o próprio órgão jurisdicional reconhece na decisão de 2 de Julho de 2002, Göktan contra França (petição número 00033402/96), n.os 44 e 46.

6 — Os restantes são o Reino da Dinamarca, a República Helénica, o Reino de Espanha, a República Francesa, a República Italiana, o Grão Ducado do Luxemburgo, a República da Áustria, a República Portuguesa, a República da Finlândia e o Reino da Suécia.

reforçar a integração europeia e, em especial, a possibilitar que a União Europeia se transforme mais rapidamente num espaço de liberdade, de segurança e de justiça».

6. Segundo o disposto no artigo 2.°, n.° 1, primeiro parágrafo, do protocolo, a partir da data de entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, o acervo de Schengen será imediatamente aplicável aos treze Estados-Membros a que se refere o artigo 1.°

7. Baseando-se no 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 Acordo 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 de cada uma das disposições ou decisões que constituem o seu acervo [7].

8. Do artigo 2.° e do anexo A da segunda das decisões referidas resulta que a base jurídica dos artigos 54.° a 58.° da convenção são os artigos 34.° e 31.° do Tratado da União Europeia, que fazem parte do título VI, denominado «Disposições relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal».

9. Os referidos artigos da convenção integram o Capítulo 3, que tem por título a «Aplicação do princípio *ne bis in idem*», do título III, designado «Polícia e segurança».

10. 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.»

11. Segundo o artigo 55.°:

«1. Uma parte contratante pode, no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da presente convenção, declarar que não está vinculada pelo artigo 54.° num ou mais dos seguintes casos:

a) Quando os factos a que se refere a sentença estrangeira tenham ocorrido, no todo, ou em parte, no seu território; neste último caso, esta

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

excepção não é, todavia, aplicável se estes factos ocorreram em parte no território da parte contratante em que a sentença foi proferida;

b) Quando os factos a que se refere a sentença estrangeira constituam crime contra a segurança do Estado ou de outros interesses igualmente essenciais desta parte contratante;

c) Quando os factos a que se refere a sentença estrangeira tenham sido praticados por um funcionário desta parte contratante em violação dos deveres do seu cargo.

2. Uma parte contratante, que tenha feito uma declaração relativa à excepção referida na alínea b) do n.° 1, especificará as categorias de crimes às quais esta excepção pode ser aplicada.

3. Uma parte contratante pode, a qualquer momento, retirar essa declaração relativa a uma ou mais das excepções referidas no n.° 1.

4. As excepções que foram objecto de uma declaração nos termos do n.° 1 não são aplicáveis quando a parte contratante em causa tenha, pelos mesmos factos, solicitado o procedimento judicial a outra parte contratante ou concedido a extradição da pessoa em causa.»

12. O artigo 56.° dispõe o seguinte:

«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.»

13. Por sua vez, o artigo 57.° dispõe:

«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.

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. Cada parte contratante designará, no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da presente convenção, as autoridades habilitadas a solicitar e a receber as informações previstas no presente artigo.»

14. Finalmente, segundo o 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.»

III — Os factos, os litígios nos processos principais e as questões prejudiciais

1. *Processo C-187/01*

15. H. Gözütok é um cidadão turco, residente há algum tempo nos Países Baixos, onde geria, no município de Heerlen, sem a obrigatória autorização administrativa, um «coffee-shop». Nos dias 12 de Janeiro e 11 de Fevereiro de 1996 a polícia holandesa realizou inspecções a esse estabelecimento, nas quais apreendeu determinadas quantidades de haxixe e marijuana [8].

16. As diligências penais que tiveram início como consequência dos referidos factos terminaram nos dias 23 de Maio e 18 de Junho de 1996, depois de H. Gözütok, aceitando as transacções propostas pelo Ministério Público neerlandês, ter pago as somas de 3 000 e de 750 NLG.

17. Em 31 de Janeiro de 1996 um banco alemão, onde H. Gözütok era titular de uma conta, tinha alertado as autoridades encarregadas da acção penal na República Federal da Alemanha sobre as grandes somas que o referido indivíduo movimentava.

8 — 1 kg de haxixe, 41 cigarros da mesma substância (*joints*) e 1,5 kg de marijuana, na primeira inspecção, e 56 gramas de haxixe, 10 *joints* e 200 gramas de marijuana, na segunda.

18. Em 1 de Julho de 1996 o delegado do Ministério Público de Aachen (Aix-la-Chappelle ou Aquisgrano) intentou procedimento penal contra H. Gözütok acusando-o de, entre 12 de Janeiro e 11 de Fevereiro do mesmo ano, pelo menos em duas ocasiões, ter feito tráfico de estupefacientes nos Países Baixos, em quantidades significativas.

19. Em 13 de Janeiro de 1997 o Amtsgericht Aachen (Alemanha) condenou o arguido a uma pena de prisão de um ano e cinco meses pela prática de tráfico de estupefacientes, em quantidades consideráveis. A execução da pena foi condicionalmente suspensa.

20. H. Gözütok e o delegado do Ministério Público recorreram da sentença. Por decisão de 27 de Agosto de 1997, o Landgericht Aachen suspendeu o processo porque, nos termos do artigo 54.° da convenção, a decisão de arquivamento adoptada pelas autoridades neerlandesas tinha força de caso julgado, e, ao abrigo da referida disposição e do artigo 103.°, n.° 3, da Grundgesetz (Lei Fundamental alemã), obstava ao julgamento dos factos na República Federal.

21. Tal decisão foi impugnada pelo Ministério Público no Oberlandesgericht Köln, alegando aquele, entre outros fundamentos, que o artigo 54.° da convenção, ao estabelecer a proibição de dupla perseguição, se refere somente às sentenças definitivas proferidas por uma das partes contratantes.

22. Considerando que o alcance que se atribua aos termos da referida disposição da convenção é determinante para a resolução do recurso, o Oberlandesgericht Köln submete ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«Verifica-se em relação à República Federal da Alemanha a extinção do procedimento penal nos termos do artigo 54.° 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?»

2. *Processo C-385/01*

23. K. Brügge, cidadão alemão, causou dolosamente a B. Leliaert lesões que lhe provocaram incapacidade para o trabalho.

24. O delegado do Ministério Público de Bonn abriu um inquérito por tais factos contra K. Brügge, oferecendo-lhe um acordo amigável que consistia em não prosseguir o processo em troca do pagamento de 1 000 DM [9].

25. K. Brügge foi acusado dos mesmos factos no Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne, onde compareceu a vítima, solicitando uma indemnização pelos danos morais que a agressão lhe causou.

26. O referido tribunal considera que para decidir o litígio tem de saber qual o alcance do artigo 54.° da convenção e submete ao Tribunal de Justiça a seguinte questão:

«A aplicação do artigo 54.° 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?».

9 — O fundamento legal desta proposta encontra-se no artigo 153a do *Strafprozeßordnung* (código do processo penal alemão).

IV — O processo no Tribunal de Justiça

27. No processo C-187/01 apresentaram observações escritas, no prazo indicado para o efeito pelo artigo 20.° do Estatuto CE do Tribunal de Justiça, H. Gözütok, os Governos alemão, neerlandês e francês, bem como a Comissão. No outro processo, além dos governos acima referidos e da também referida instituição, interveio na fase escrita o Governo belga.

28. Em 9 de Julho de 2002 foi realizada uma audiência comum, na qual compareceram, para apresentar oralmente as suas alegações, os representantes das partes que tinham apresentado observações escritas e o do Governo italiano.

V — Observações relativas à competência do Tribunal de Justiça nos termos do artigo 35.° UE

29. O Tratado de Amesterdão alargou as competências do Tribunal de Justiça para decidir a título prejudicial ao terceiro pilar (justiça e assuntos internos) e deu-lhe a possibilidade de, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, se pronunciar sobre a validade e a interpretação das decisões-quadro, das decisões e das medi-

das de aplicação das convenções adoptadas para a cooperação policial e judiciária em matéria penal, bem como sobre a interpretação das convenções (artigo 35.°, n.° 1, UE).

30. Nos termos do Protocolo e das Decisões 1999/435 e 1999/436 do Conselho, já referidas [10], o artigo 54.° da convenção é susceptível de interpretação prejudicial pelo Tribunal de Justiça, cuja jurisdição é neste ponto dispositiva, uma vez que para ser efectiva carece de ser aceite pelos Estados-Membros, de acordo com o disposto no artigo 35.°, n.° 2, UE.

31. Os Estados-Membros que aceitem esta nova competência do Tribunal de Justiça podem escolher entre conceder a faculdade de submeter as questões prejudiciais a qualquer dos seus órgãos jurisdicionais ou só aos que se pronunciem em última instância, cujas decisões não sejam susceptíveis de «recurso judicial» (artigo 35.°, n.° 3, UE).

32. A República Federal da Alemanha optou por atribuir tal poder de suscitar questões prejudiciais a todos os juízes e tribunais, mas, quanto aos que decidem em última instância, a faculdade torna-se um dever [11].

33. Por sua vez, ao assinar o Tratado de Amesterdão, a Bélgica fez uma declaração aceitando a competência do Tribunal de Justiça e atribuiu a todos os juízes e tribunais o poder de submeter questões prejudiciais nos termos do artigo 35.° UE.

34. Uma vez que as decisões do Oberlandesgericht Köln, neste domínio, não são susceptíveis de recurso e que o Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne é um órgão jurisdicional belga na acepção da referida disposição, o primeiro era obrigado e o segundo podia dirigir-se ao Tribunal de Justiça, após verificar que, para decidir o respectivo litígio, era necessário interpretar o artigo 54.° da convenção.

10 — V. n.os 7 e 8 *supra*.

11 — V. o artigo 1.°, n.° 2, da Lei sobre a Competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para se pronunciar, a título prejudicial, em matéria penal com base no artigo 35.° UE (Gesetz betreffend die Anrufung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens auf dem Gebiet der polizeilichen Zusammenarbeit und der justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen nach Artikel 35 des EU-Vertrages; a seguir «EuGH-Gesetz»). Esta decisão das autoridades alemãs é consequência da Declaração n.° 10 anexa à acta final de Amesterdão, segundo a qual «os Estados-Membros [...] podem reservar-se a possibilidade de introduzir disposições no seu direito interno que prevejam que, sempre que uma questão relativa à validade ou à interpretação de um acto a que se refere o n.° 1 do artigo 35.° seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submetê-la à apreciação do Tribunal de Justiça.»

35. Nestas condições esta premissa e uma vez que as questões prejudiciais não dizem respeito a nenhuma das matérias previstas no n.º 5 do artigo 35.º UE [12], a competência do Tribunal de Justiça é indiscutível.

VI — A análise das questões prejudiciais

1. *Algumas observações preliminares*

36. A competência para decidir a título prejudicial prevê que o artigo 35.º, n.º 1, UE tem por objecto, como todas as atribuições desta natureza concedidas ao Tribunal de Justiça, a interpretação ou, se for esse o caso, a apreciação da validade das disposições do direito europeu que constituem o seu âmbito material. Mas de forma nenhuma inclui o controlo da aplicação dessas normas num litígio pendente num órgão jurisdicional nacional.

37. Não lhe compete, pois, pronunciar-se sobre a aplicação do artigo 54.º da convenção no processo crime contra H. Gözütok nem sobre as suas consequências, no que diz respeito à extinção do procedimento penal. Ao Tribunal de Justiça só cabe interpretar tal disposição. Logo, não pode pronunciar-se sobre se, extinto o procedimento penal nos Países Baixos, essa instinção implica a sua extinção na ordem jurídica alemã.

38. Partindo do exposto, o Tribunal de Justiça não pode ter em conta os termos em que o Oberlandesgericht Köln formula a primeira das suas questões. Na realidade, se se considerar o sentido global das questões que os órgãos jurisdicionais de reenvio suscitam, pode dizer-se que as dúvidas que contêm são as seguintes:

1) A primeira consiste em saber se o princípio *ne bis in idem*, que o artigo 54.º da convenção enuncia, também se aplica quando, num dos Estados signatários, o procedimento penal se extingue como consequência de uma decisão de não prosseguimento, adoptada pelo Ministério Público, depois de o arguido ter cumprido as condições que lhe foram impostas.

2) No caso de resposta afirmativa à questão anterior, o órgão jurisdicional alemão pergunta se essa decisão do Ministério Público tem de ser homologada por um juiz.

12 — «[...] a validade ou a proporcionalidade de operações efectuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num Estado-Membro, ou o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna.»

39. Para afastar as dúvidas anteriores, é preciso analisar o alcance do referido princípio e, em especial, o seu significado no contexto do artigo 54.° da convenção, procurando o objecto e a finalidade desta disposição convencional. É também necessária uma análise das transacções em processo penal e dos seus efeitos, relativamente ao teor literal da disposição cuja interpretação se pede ao Tribunal de Justiça.

40. E nessa tarefa há que ter presentes duas realidades aparentemente contraditórias e, contudo, complementares, que são as duas faces de um mesmo fenómeno.

41. A primeira é a fragmentação do direito penal no seio da União Europeia em tantas ordens jurídicas quantos os Estados-Membros. A segunda consiste em que, por muito diferentes que sejam os sistemas nacionais de justiça penal, o objectivo é uma integração cada dia mais estreita no âmbito do terceiro pilar.

42. Esta dupla constatação tem duas consequências. Uma é que a resposta tem de se procurar abstraindo-se das singularidades de cada sistema. O artigo 54.° da convenção utiliza termos cujo alcance é distinto nos diferentes direitos internos, pelo que terá de afastar-se toda e qualquer interpretação baseada nos ordenamentos jurídicos nacionais. É no direito da União Europeia que deve procurar-se, na base comum constituída pelos objectivos perseguidos pelo acervo de Schengen. Como indica a Comissão nas suas observações escritas, é conveniente que o Tribunal de Justiça proponha uma interpretação autónoma do artigo 54.° da convenção.

43. A segunda consequência é de ordem material. Quando se trata de lutar contra as formas de criminalidade que afectam toda a sociedade europeia, cabe aos Estados a sua repressão através da legislação nacional. Cada um é responsável pela ordem social interna, mas também, no seio da União, pela ordem social europeia. Deste modo, podem surgir situações susceptíveis de contradizer o princípio *ne bis in idem*, nas quais, como acontece nos litígios nos processos principais, um mesmo delito é objecto de procedimento judicial repressivo pelas autoridades criminais competentes em razão do território e pelas de outro Estado-Membro, que o reprimem baseando-se noutros critérios de atribuição de competências.

2. *O artigo 54.° da convenção como expressão genuína do princípio* ne bis in idem

44. O artigo 54.° é uma disposição normativa ao serviço de um processo dinâmico de integração europeia através da criação de

um espaço comum de liberdade e de justiça. A supressão gradual de controlos nas fronteiras comuns é um passo obrigatório no caminho para esse objectivo. Contudo, a eliminação de obstáculos administrativos levanta as barreiras para todos, também para quem aproveita a diminuição da vigilância a fim de alargar as suas actividades ilícitas.

45. Por essa razão, a supressão de controlos tem de ser compensada com um aumento da cooperação entre os Estados, especialmente em matéria de polícia e de segurança. E neste quadro, que aspira a uma maior eficácia das respostas judiciária e policial sem perda das garantias dos cidadãos numa sociedade democrática de direito, situam-se os artigos 54.° a 58.° da convenção, que disciplinam a aplicação do princípio *ne bis in idem* no âmbito do acervo de Schengen.

46. O artigo 54.° é expressão desta garantia para quem se vê sujeito ao exercício do *ius puniendi*. Ninguém que tenha sido definitivamente julgado por um Estado signatário da convenção o pode ser novamente, pelos mesmos factos, por outra parte contratante, quer tenha sido absolvido ou condenado, desde que, neste segundo caso, a sanção tenha sido cumprida, esteja em curso de execução ou não possa ser executada, de acordo com o direito do Estado sancionador.

47. A referida disposição é uma manifestação genuína da garantia em causa, que não só opera dentro de um mesmo ordenamento, como também desdobra os seus efeitos quando a repetição do procedimento penal se produz em sistemas jurídicos diferentes.

3. *Os fundamentos do princípio* ne bis in idem *— A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a este princípio*

48. Esta regra de direito impede que, para proteger bens jurídicos idênticos e devido a uma mesma conduta ilícita, uma pessoa seja submetida a mais de um processo punitivo e, eventualmente, punida mais de uma vez, pois esta duplicação de procedimentos e de sanções implica uma reiteração inadmissível no exercício do *ius puniendi* [13].

13 — No século XVII, o genial Cervantes teve o cuidado de que as suas personagens respeitassem este princípio. Efectivamente, quando D. Quixote, ferido durante um duelo, pedia vingança por ver a sua celada partida, Sancho deu-lhe um sábio conselho: «Atenda Vossa mercê, senhor D. Quixote, que se o cavalheiro cumpriu o que lhe foi ordenado de se ir apresentar à minha senhora Dulcinea del Toboso já terá cumprido o que lhe cabia, e não merece outra pena se não cometer novo delito». Convencido pelo seu escudeiro, respondeu: «Falaste e observaste muito bem [...]; e assim anulou o juramento no que toca a tomar-lhe nova vingança» (tradução livre) (Miguel de Cervantes, *El ingenioso caballero Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo X, «De lo que más le avino a Don Quijote con el vizcaíno y del peligro en que se vio con una turba de yangüeses», edição de Martín de Riquer, RBA editores, volume 1, p. 175, Barcelona, 1994).

49. Na base deste princípio encontram-se dois pilares de todo e qualquer sistema jurídico. Um é a segurança jurídica, o outro, a equidade. Quando contra o infractor é instaurado um processo e é punido, deve saber que, mediante a execução da pena, expiou a sua culpa, sem receio de um novo correctivo. No caso de ser absolvido, tem de ter a certeza de que não se instaurará outro processo para o julgar novamente.

50. Se é condenado, não se pode esquecer que toda e qualquer sanção tem uma dupla finalidade: repressiva e dissuasora. Tem por objectivos punir uma conduta e desincentivar os autores, além de outros possíveis infractores, da prática de comportamentos juridicamente reprováveis. Tem que ser, pois, proporcionada a tais fins, mantendo o equilíbrio necessário para que retribua a conduta que é punida e, ao mesmo tempo, seja um exemplo. O princípio da equidade, de que a regra da proporcionalidade é um instrumento, impede assim uma acumulação de sanções.

51. O Tribunal de Justiça aplicou pela primeira vez o princípio *ne bis in idem* no processo Gutmann/Comissão da CEEA [14], em que se apreciava a prossecução de dois processos disciplinares contra um funcionário, com base nos mesmos factos. Contudo, era um caso em que a dupla repressão ocorria num só sistema jurídico. Foi necessário esperar pelos processos Wilhelm e o. [15] e Boehringer Mannheim/Comissão [16] para que se abordasse a incidência do princípio quando a repetição do procedimento penal se produz em ordenamentos diferentes.

52. O Tribunal de Justiça teve, pois, ocasião de conhecer situações que terminaram numa acumulação de sanções. Com efeito, não são raros os pressupostos de facto em que há que aplicar o ordenamento da Comunidade Europeia e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Um domínio paradigmático é o da concorrência [17]. Assim, segundo o Tribunal de Justiça, «[o] direito comunitário e o direito nacional em matéria de acordos entre empresas consideram-nos sob aspectos diferentes. [...] Enquanto o artigo 85.° os considera sob o ângulo dos obstáculos que deles podem resultar para o comércio entre os Estados-Membros, as legislações nacionais, inspiradas em considerações próprias a cada uma delas, consideram os acordos apenas nesse quadro» [18].

53. De acordo com essa decisão, o Tribunal de Justiça permitiu que um acordo, decisão ou prática concertada seja analisada à luz

14 — Acórdão de 5 de Maio de 1966 (18/65 e 35/65, Colect. p. 325; Recueil, p. 149).

15 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1969 (14/68, Colect. 1969-1970, p. 1).

16 — Acórdão de 15 de Julho de 1970 (45/69, Colect. p. 505; Recueil, p. 769). V. também o acórdão de 14 de Dezembro de 1972, Boehringer Mannheim/Comissão — conhecido como Boehringer II — (7/72, Colect., p. 448), bem como as conclusões apresentadas neste processo, em 29 de Novembro de 1972, pelo advogado-geral Mayras.

17 — Em breve apresentarei as minhas conclusões nos processos C-213/00 P, Italcementi/Comissão, C-217/00 P, Buzzi Unicem/Comissão e C-219/00 P, Cementir/Comissão, nas quais analiso o princípio *ne bis in idem* no âmbito do direito da concorrência.

18 — N.° 3 do acórdão, já referido.

do direito nacional e do ordenamento comunitário ao mesmo tempo e, o que é mais importante, que essa dupla análise possa dar lugar a duas sanções impostas a uma mesma pessoa em função dos mesmos factos [19].

54. A anterior afirmação quererá dizer que uma mesma conduta pode ser julgada e, se for esse o caso, punida duas vezes se o *ius puniendi* é exercido à luz de dois ordenamentos jurídicos diferentes? Julgo que não, apesar da opinião contrária do advogado-geral Mayras nas já referidas conclusões, nas quais afirma que «esta norma apenas é válida no interior de cada uma das ordens jurídicas nacionais» [20].

55. A afirmação do advogado-geral não pode ser retirada do seu contexto, de um momento histórico em que o âmbito territorial da lei penal, expressão da soberania dos Estados, girava à volta do princípio da territorialidade. As conclusões de H. Mayras expressam esta ideia. Contudo, uma aplicação rigorosa desse territorialismo é incompatível com numerosas situações nas quais estão presentes elementos de extraterritorialidade e nas quais uma mesma conduta é susceptível de produzir efeitos jurídicos em diferentes partes do território da União. A construção de uma Europa sem fronteiras, com o seu corolário de aproximação dos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, incluindo os penais, pressupõe que os Estados em causa se inspirem nos mesmos valores. E é aqui, no âmbito dos valores, que o princípio em análise alcança todo o seu sentido.

56. A formulação clássica do princípio *ne bis in idem* exige a coexistência de três factores: coincidência dos factos, um só infractor e um único bem jurídico — um só valor — protegido [21]. O elemento decisivo não reside no facto de o direito de punir ser exercido no âmbito de um sistema jurídico ou em ordenamentos diferentes, mas sim em que, seja quem for a autoridade sancionadora, para se saber se um facto pode ser punido mais de uma vez, se deve procurar saber se, com as diferentes sanções, se tutelam os mesmos bens jurídicos ou, pelo contrário, os valores que se pretende proteger são distintos.

19 — Na realidade, como assinalo nas conclusões que referi na nota 17, no acórdão Wilhelm não se aplicou o princípio *ne bis in idem*. Segundo o Tribunal de Justiça não existia no processo a identidade de objectivo que se tem de proteger, que exige a aplicação da regra. Por outro lado, daqui se conclui que, para a jurisprudência comunitária, mesmo quando o referido princípio não tem aplicação e a dupla punição é legítima, «uma exigência geral de equidade [...] implica que sejam tomadas em conta todas as decisões condenatórias anteriores na determinação de uma eventual sanção» (n.° 11). O artigo 56.° da convenção contém uma disposição parecida. Perante tais pressupostos, mesmo quando se fale de aplicação do princípio *ne bis in idem* (*Anrechnungsprinzip* ou «princípio da imputação»), trata-se, na realidade, de outra coisa. Como indiquei nas referidas conclusões, a máxima que concentra a minha atenção não é uma regra de procedimento que funcione como um lenitivo, ao serviço da proporcionalidade, quando uma pessoa é duplamente julgada e punida pela mesma conduta, mas uma garantia fundamental dos cidadãos, que impede uma segunda decisão sobre o mesmo caso (*Erledigungsprinzip* ou «princípio do esgotamento do procedimento»).

20 — Título II, n.° 2, sexto parágrafo, das conclusões.

21 — No acórdão de 18 de Novembro de 1987, Maizena (137/85, Recueil, p. 4587), o Tribunal de Justiça negou a existência de ofensa ao princípio *ne bis in idem*, porque as duas cauções exigidas a uma pessoa em função dos mesmos factos não tinham a mesma finalidade (n.os 22 e 23).

57. Actualmente os Estados-Membros e a própria União Europeia estão vinculados pelo princípio *ne bis in idem*, que, como já referi, é uma garantia fundamental dos cidadãos [22].

58. Seria intrinsecamente injusto e contrário aos princípios em que assenta a construção de uma Europa unida que, para tutelar um determinado bem jurídico, uma pessoa pudesse ser punida em vários Estados-Membros pela prática dos mesmos actos.

59. A própria ideia de justiça repudia a negação de toda e qualquer eficácia às decisões penais estrangeiras, solução que poria em perigo, ao mesmo tempo, a luta contra a criminalidade e os direitos da pessoa condenada. Hoje, a posição de H. Mayras seria insustentável, pois contraria o teor literal do artigo 54.° da convenção, que reproduz o artigo 1.° da Convenção de Bruxelas, de 25 de Maio de 1987, relativo à aplicação do princípio *ne bis in idem*.

60. As considerações anteriores não são um mero artifício para afirmar o que o referido artigo 54.° da convenção já diz, porque as razões que explicam a existência da regra *ne bis in idem* e os valores que a justificam podem ajudar-me a procurar uma resposta para as dúvidas do Oberlandesgericht Köln e do Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne.

4. *A transacção em matéria penal como manifestação do* ius puniendi

61. Assim sendo, quando uma pessoa tenha sido definitivamente julgada por determinados factos, não pode sê-lo de novo, quer tenha sido absolvida quer tenha sido condenada.

62. Esta afirmação conduz à pedra angular das questões dos dois órgãos jurisdicionais nacionais. Numa transacção em acção penal «Julgam-se definitivamente» os factos? Ou, dito de outra forma: a transacção é uma manifestação da justiça penal?

63. A dúvida deve ser esclarecida à luz de um conhecimento nítido dos meandros da justiça feita através das transacções e dos efeitos que pode desencadear. Nesta procura é imprescindível dar uma vista de

22 — V. o artigo 4.° do protocolo n.° 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o artigo 50.° da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (JO C 364, p.1). R. Koering-Joulin sublinhou que o princípio *ne bis in idem* é uma garantia pessoal tão fundamental que o artigo 4.°, n.° 3, do referido Protocolo não permite qualquer derrogação, nem mesmo em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação; é um direito absoluto (*La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Ed. Economica, 2.ª edição, p. 1094).

olhos, mesmo que muito por alto, sobre os ordenamentos jurídicos que prevêem mecanismos de transacção em matéria penal [23].

A — Os mecanismos de transacção nos Estados-Membros

64. No direito alemão [24] o Ministério Público pode decidir o arquivamento das diligências penais, sempre e quando o infractor aceite e cumpra as obrigações que lhe impõe. Embora, regra geral, seja necessária a homologação do tribunal competente, esta não é imprescindível se se tratar de delitos puníveis com uma pena não superior à mínima prevista no Código Penal e se o prejuízo causado for de importância diminuta. Em caso de aceitação, o delegado do Ministério Público fixa um prazo para o cumprimento do acordo e, uma vez cumprido, a responsabilidade extingue-se definitivamente e «não pode ser instaurado novo processo penal pela infracção» [25].

65. A Áustria dispõe de um mecanismo dito de «diversão» [26], que permite ao delegado do Ministério Público (ou ao juiz de instrução) renunciar ao exercício da acção penal em troca do pagamento de uma soma em dinheiro, da realização de um trabalho de interesse público, da fixação de um período experimental ou da sujeição a uma mediação penal (aussergerichlicher). Depois de o arguido cumprir as obrigações impostas, a acção pública extingue-se definitivamente [27].

66. Na Bélgica existem dois tipos de procedimentos que são da competência do Ministério Público: a transacção e a mediação penal, previstas nos artigos 216.°-A e 216.°-B do Code d'instruction criminelle, que permitem ao delegado decretar o arquivamento definitivo das diligências se o arguido satisfizer determinadas condições. Contudo, o segundo dos artigos referidos dispõe, no segundo parágrafo do n.° 4, que a extinção da acção pública através da mediação penal não prejudica o direito das vítimas ou dos seus sucessores ao exercício da acção cível.

67. O ordenamento jurídico francês regula um procedimento conhecido como «composição penal» [28], no qual o Ministério Público dispõe da faculdade de propor ao autor de uma infracção a desistência da

23 — Para uma análise pormenorizada da regulamentação dos diferentes tipos de transacção nos Estados-Membros pode consultar-se o relatório elaborado em 1996 por H. Labayle para a DG XX da Comissão Europeia, publicado pelo Centro de Direito Penal Europeu da Catania: *La transaction dans L'Union Européenne*, Giuffré Editore, 1998. Já é um pouco antigo, mas não deixa de ter interesse.

24 — Artigo 153a da Strafprozeßordnung, já referido.

25 — N.° 1 do referido artigo 153a. O Código Penal alemão distingue delito (Vergehen) e crime (Verbrechen). Toda a infracção punível com pena de prisão igual ou superior a um ano é «crime». As outras, punidas mais levemente, constituem os «delitos».

26 — Regulado nos artigos 90a a 90m da Strafprozessordnung.

27 — Artigos 90c, n.° 5, 90d, n.° 5, 90f, n.° 4, e 90g, n.° 1, da Strafprozessordnung.

28 — Instituído pela Lei n.° 99-515, de 23 de Junho de 1999.

acção como contrapartida da execução de uma ou várias prestações determinadas. Na composição francesa o Ministério Público tem de obter o acordo do tribunal competente para a realizar. De qual forma, a faculdade de desistir das diligências fica na competência do delegado.

68. A Dinamarca prevê [29] que, tratando-se de uma infracção punível com multa, o Ministério Público pode propor ao arguido o arquivamento dos autos, se este se declarar culpado e se comprometer a pagar uma multa num determinado prazo. Decorrido o prazo de dois meses previsto para anular esta proposta por via hierárquica, a decisão de arquivamento torna-se definitiva.

69. O ordenamento jurídico espanhol permite que o arguido aceite a pena pedida pelo delegado do Ministério Público, e, nesse caso, o juiz ou o tribunal profere a sentença de acordo com a qualificação mutuamente aceite [30].

70. O direito finlandês não prevê a transacção propriamente dita, contemplando, contudo, medidas dessa natureza que podem conduzir à extinção da acção pública. Trata-se do processo simplificado para as infracções [31], em que o delegado do Ministério Público pode aplicar uma malta sem que seja necessária a intervenção de um tribunal. Esta decisão é definitiva e tem valor de caso julgado.

71. A Irlanda dispõe de instrumentos para que uma infracção não seja objecto de procedimento penal, por várias razões. Um exemplo é o pagamento de uma multa [32], que põe termo ao processo.

72. Embora no direito italiano não se consagrem, em geral, nem a transacção nem a mediação penal (a não ser para as infracções praticadas por menores), existe um mecanismo curioso denominado *patteggiamento* [33]. Trata-se de uma tramitação especial que pressupõe a existência de transacção tanto sobre o procedimento como sobre a pena, cuja duração não pode ser superior a dois anos. Tanto o delegado do Ministério Público como o arguido são titulares da acção de *patteggiamento*. Seja como for, o acordo tem de ser homologado pelo juiz.

73. No Luxemburgo a lei de 6 de Maio de 1999 aditou um n.º 5 ao artigo 24.º do Code d'instruction criminelle, segundo o

29 — No artigo 924.º do Código de Processo.

30 — V. os artigos 655.º, 791.º, n.º 3, e 793.º, n.º 3, da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

31 — Laki rangaistusmääräysmenettelystä/ lagen om strafforderförfarande 26.7.1993/692.

32 — Road Traffic Acts, 1961-1995; Litter Pollution Act, 1997, p. 28.

33 — Regulado nos artigos 444.º a 448.º do Código de Processo Penal.

qual o delegado do Ministério Público pode, antes de iniciar as diligências, recorrer a uma mediação, susceptível de conduzir à decisão de prosseguir a acção pública ou de a deixar prescrever.

74. Os Países Baixos prevêem também a transacção (*transactie*), regulada pelos artigos 74.° e seguintes do Código Penal neerlandês. A acção pública extingue-se quando o arguido cumpre as condições impostas pelo delegado do Ministério Público. A extinção está expressamente prevista no artigo 74.°, n.° 1.

75. Em Portugal[34] admite-se a suspensão provisória do processo. Este mecanismo autoriza o Ministério Público a paralisar o exercício da acção pública mediante a imposição de certas obrigações durante um determinado período. A decisão está condicionada à aceitação do arguido e da acusação particular e à homologação do juiz de instrução. Quando o arguido cumprir o que tiver sido acordado, o processo é arquivado, não podendo ser reaberto[35].

76. No Reino Unido, o direito inglês prevê um mecanismo de transacção no âmbito da circulação rodoviária. Uma *fixed penalty notice* oferece a possibilidade de evitar o procedimento penal mediante o pagamento de um multa e a inscrição de «pontos de penalização» na carta de condução. Cumpridas as condições, extingue-se o procedimento penal[36]. Deve ter-se em consideração que o Lord Justice Auld defendeu[37] o alargamento do domínio dos mecanismos de transacção e que a sua proposta foi objecto de um *white paper* do governo inglês em meados do passado mês de Julho. No direito escocês o delegado do Ministério Público é autorizado[38] a fazer uma «oferta sob condição» (*conditional offer*) ao arguido para evitar o procedimento penal, relativamente às infracções susceptíveis de ser julgadas pelos *District Courts*. Se aceitar a proposta, o arguido tem de pagar uma multa e, uma vez liquidada, o procedimento penal extingue-se[39].

77. Por fim, existe na Suécia um processo de aplicação de penas sem a intervenção do tribunal (*strafföreläggande*)[40], utilizado para os delitos menos graves, como a condução sob o efeito de álcool e os pequenos furtos. Se o despacho do delegado do Ministério Público for aceite pelo arguido (mediante o acordo das eventuais vítimas), a aplicação da pena transita em julgado.

34 — V. os artigos 281.° e 282.° do Código de Processo Penal e o caso especial do processo simplificado (processo sumaríssimo), previsto nos artigos 392.° a 398.° do mesmo código.

35 — Artigo 282.°, n.° 3, do Código de Processo Penal.

36 — Section 52(1) do Road Traffic Offendors Act de 1988.

37 — «A Review of the Criminal Courts of England and Wales».

38 — Artigo 302.° do Criminal Procedure (Scotland) Act de 1995.

39 — Artigo 302.°, n.° 6, já referido.

40 — Capítulo 48, artigo 4.°, do Rättegångsbalk (código penal) de 1942.

B — O objecto e a finalidade da transacção em matéria penal

78. Para caracterizar um instituto jurídico, sobretudo se o seu campo de actuação é o ramo do direito que mais directamente afecta a dignidade e os valores básicos da pessoa, temos de fugir de nominalismos estéreis e de ter em conta a sua natureza.

79. Como se pode verificar, sob a denominação de transacção ou outras afins, muitos dos Estados-Membros [41] prevêem procedimentos em que o Ministério Público renuncia, mediante prévia autorização legal e, em alguns sistemas, sem qualquer decisão jurisdicional, ao exercício da acção processual penal contra um indivíduo, depois da entrada para os cofres públicos de uma soma de dinheiro ou da satisfação de outra condição.

80. Trata-se de um procedimento que, apesar de incluir o aspecto da bilateralidade, se caracteriza pela situação de proeminência em que o poder público do Estado se encontra quando realiza a sua intervenção. É uma maneira de administrar a justiça penal que, contudo, não se aplica a todas as infracções. É a expressão de uma justiça concebida para dar resposta a uma categoria especial de condutas, de menor censurabilidade social e cuja repressão não exige que se accione o aparelho repressivo do Estado com toda a sua intensidade nem, logo, que se tenha plena consideração das garantias do processo penal mediante a intervenção de um juiz.

81. Por outro lado, a transacção apresenta-se em larga medida como uma maneira de evitar o colapso do sistema judicial, proporcionando uma resposta simples, rápida e eficaz exactamente onde a política criminal o aconselha. O pragmatismo norte-americano impôs um desenvolvimento significativo destes mecanismos de mediação, sempre baseados na aceitação pelo arguido da pena que lhe é oferecida, embora tenha dado lugar, nas grandes cidades, a uma prática singular [42].

41 — A única excepção é a Grécia.

42 — O escritor norte-americano T. Wolfe, no seu romance *A fogueira das vaidades* (*The Bonfair of the Vanities*, tradução de Enrique Murillo, Ed. Anagrama, Barcelona, 1988), relata alguns pressupostos destas transacções: «Depressa se tornou claro que a finalidade daquela audiência era dar a Lockwood a oportunidade de se declarar culpado da acusação que sobre ele impendia, um assalto à mão armada, em troca de uma sentença leve, de dois a seis anos, que era o que o gabinete do Procurador lhe tinha oferecido. Mas Lockwood não tinha intenção de aceitar o acordo. A única coisa que o advogado podia fazer era repetir que o seu cliente se declarava inocente» (pp. 114 e 115). O juiz toma a iniciativa e dirige-se ao arguido: «Tens trabalho, tens um lar e és jovem, um jovem brilhante e agraciado. Tens muitas coisas a teu favor. Mais coisas que a maioria das pessoas. Mas também tens que ultrapassar este grave problema. Meteste-te em todos estes assaltos! Bom, o Procurador fez-te uma oferta, de dois a seis anos. Se aceitas essa oferta e te portas bem, tudo isto ficará para trás e, antes de dares por isso, estarás limpo e continuarás a ser um jovem com a vida toda pela frente. Mas, se vais a julgamento e és condenado, levas uma pena de oito a vinte e cinco. Pensa bem. O Procurador fez-te uma boa oferta» (p. 118). Mais à frente, o Procurador-adjunto, Kramer, afirma: «Devias vir ver o que acontece nos momentos que dedicamos ao regateio quanto à classificação dos delitos nos julgamentos. Uma das formas de procurar uma diminuição da categoria de delito, e, portanto, do grau da sentença, consiste em declarar que o arguido tem um emprego»(p. 229). Noutra ocasião, o advogado do protagonista principal lança-lhe: «Se me demandassem a mim por um caso de condução negligente do meu automóvel [...] ia a um desses advogados da zona baixa da Broadway [...] Estão no degrau mais baixo da profissão [...] Não imaginas sequer o aspecto que têm [...] mas sabem como se negoceia um acordo e como se evita um julgamento» (p. 275) (tradução livre).

82. Através da transacção pretende encontrar-se a solução mais adequada ao tratamento de determinados tipos de criminalidade, que não exijam a aplicação de penas graves; é suficiente uma reacção mais leve, menos traumática. E esta abordagem permite que o arguido, sem necessidade de se ver sujeito a um processo jurisdicional, reconheça a sua culpa, de maneira expressa ou tácita, e a expie através do cumprimento das obrigações que tenha acordado com o delegado do Ministério Público, dentro dos limites determinados pelo legislador, e que, de qualquer forma, serão menos onerosas do que seriam se o procedimento penal prosseguisse os seus trâmites habituais, se não tivessem chegado a acordo. Em troca, o poder público desiste do procedimento penal, que se extingue.

C — A transacção em matéria penal, uma forma de fazer justiça

83. Nesta caracterização há duas notas que não podem ser ignoradas. A primeira é que as condições a que o arguido se sujeita são uma pena que visa responder à sua conduta. A segunda é que quem penaliza é o Estado, numa posição de supremacia. O arguido é livre de aceitar a transacção; se não o faz, sabe que o procedimento penal seguirá o seu curso. Muda a forma do seu exercício, mas o *ius puniendi* continua a ser o mesmo.

84. Efectivamente, a inexistência na transacção de um juiz que exerça o poder de julgar não implica uma «desjudicialização» tal que a decisão de transacção não obedeça aos critérios do artigo 54.º da convenção. Não se produz o fenómeno que alguns[43] designaram «uma justiça sem juiz», como se se tratasse de um acordo *quase* privado.

85. A transacção é uma via através da qual os litígios penais podem ser resolvidos por mútuo acordo entre o titular da acção pública e o arguido, sem ser necessário um processo jurisdicional em sentido estrito. Não há nesta forma de solução do litígio uma negociação entre o delinquente e o delegado do Ministério Público para se fixar a pena. Há uma oferta do poder público estatal, expressa por quem detém a titularidade da acção pública para promover a punição, que é aceite ou recusada.

86. Não se trata de negociar um acordo entre o arguido e o Ministério Público, como observou o representante de H. Gözütok, mas de uma decisão, realmente menos agressiva que uma sentença que condena, na qual, de qualquer forma, se manifesta o *ius puniendi*.

43 — Delmas-Marty, M., e Teitgen-Colly, C., *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, ed. Economica, 1992.

87. Seria um erro qualificar a transacção penal de contratual[44], pois existe uma condenação, leve e aceite, que não deixa de ser uma punição e que cumpre as funções de qualquer pena. Constitui, como indicou a Comissão, uma «sanção alternativa» que responde à conduta censurável e intimida no que diz respeito a transgressões futuras.

88. Além disso, a transacção tem um «carácter judicial implícito»; não é um instituto alheio à justiça penal, a sua existência só se justifica como uma manifestação do seu exercício. Todos os delitos são passíveis de procedimento penal a instância do Ministério Público[45] e puníveis após a realização de um julgamento justo. Contudo, em alguns ordenamentos, o titular da acção pública é autorizado a, relativamente a determinadas infracções, chegar a um acordo punitivo com o arguido, no pleno entendimento de que, se a proposta não for aceite, a via normal de procedimento judicial e punição das contravenções penais segue o seu curso.

89. Porque assim quis o legislador, o Estado exerce na transacção o *ius puniendi* face a determinadas infracções através da intervenção do titular da acção pública penal que, uma vez cumprida a pena, se extingue. Há uma decisão definitiva do Estado, através do órgão competente. Portanto, nesta resposta a um determinado tipo de criminalidade a justiça penal é administrada.

90. Em suma, o arguido que transige e aceita as condições impostas pelo delegado do Ministério Público é condenado pelos factos de que, através da aceitação da pena, se declara culpado. Quando já não é possível alterar o acordo, pode considerar-se que este arguido foi definitivamente julgado e, com o cumprimento das estipulações a que se sujeitara, que foi executada a pena. Logo, e porque o artigo 54.º da convenção o impede, não pode ser julgado de novo.

44 — Não é uma transacção civil, em que as partes se encontrem à partida em posição de igualdade. Aproveito esta referência à transacção de direito privado para dizer que em vários direitos nacionais tem força de caso julgado. É o caso dos direitos francês (artigo 2052.º do Código Civil), belga (artigo 2044.º do Código Civil) e espanhol (artigo 1816.º do Código Civil). Perante estas disposições, é curioso que o Tribunal de Justiça, no acórdão de 2 de Junho de 1994, Kleinmotoren (C-414/92, Colect., p. I-2237), tenha afirmado que uma transacção civil, ainda que celebrada perante um juiz, não constitui uma decisão na acepção do artigo 25.º da Convenção de Bruxelas.

45 — E onde for caso disso, a instância dos titulares das acções quer particulares quer populares.

D — A garantia dos direitos do particular na transacção em matéria penal

91. Na transacção, o Estado exerce, por conseguinte, a acção penal relativamente a

um indivíduo que, de facto, reconhece a sua culpa e, uma vez cumpridas as condições impostas, a acção é extinta [46], como acontece se é proferida uma decisão de não prosseguir o procedimento penal sem condições, uma sentença de absolvição ou uma sentença condenatória, neste último caso, quando a pena tiver sido cumprida.

92. E esta forma de fazer justiça garante os direitos fundamentais do arguido.

93. O arguido a quem se propõe uma transacção está perante uma acusação penal na acepção da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e, *de iure*, beneficia dos direitos reconhecidos em tal convenção a qualquer arguido, em especial, dos previstos no artigo 6.°

94. Logo à partida, o Ministério Público é obrigado a informá-lo de que a transacção é uma possibilidade e do seu direito a ser julgado por um órgão jurisdicional independente. O direito de acesso a um tribunal é reconhecido ao arguido pelos principais textos internacionais [47] e pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem [48].

95. A liberdade para aceitar ou para recusar a transacção é fundamental. À primeira vista poderia duvidar-se da sua existência, uma vez que, *de facto*, o arguido tem de aceitar a proposta do Ministério Público, se quer fugir às diligências penais. Contudo, esta circunstância não vicia o seu consentimento, na medida em que a ameaça do exercício de determinada acção não é censurável se os meios empregues e o objectivo pretendido são legítimos.

96. E esta legitimidade reside na opção «ou aceitas ou recusas» da transacção em matéria penal. O Tribunal de Estrasburgo afirmou que, ainda que a ideia de comparecer perante um juiz penal possa influenciar a vontade do interessado na aceitação ou recusa da transacção, a pressão exercida desta forma não é incompatível com a convenção [49].

97. Em suma, a transacção em matéria penal é uma manifestação do *ius puniendi*,

46 — V. o artigo 74.°, n.° 1, do Código Penal neerlandês e os artigos 216.°-A e 216.°-B, do Code d'instruction criminelle belga.

47 — V. o artigo 14.° do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o artigo 7.° da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o artigo 6.°, n.° 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o artigo 47.° da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

48 — V., por exemplo, as decisões de 21 de Fevereiro de 1975, Golder/Reino Unido (série A, n.° 18), e de 27 de Fevereiro de 1980, Deweer/Bélgica (série A, n.° 35).

49 — V. o n.° 51 da decisão Deweer, já referida.

uma forma de fazer justiça que garante os direitos do arguido e que conduz à aplicação de uma pena. Não há, pois, qualquer dúvida de que, através da transacção, se profere uma decisão sobre os factos em causa e sobre a culpabilidade do autor.

98. Na medida em que os direitos do particular são garantidos, no contexto das questões submetidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais, em especial pelo Oberlandesgericht Köln, e apesar da posição do Governo francês, é irrelevante que a decisão que extingue a acção penal seja homologada por um juiz.

99. Vendo bem, a eventual intervenção *a posteriori* de um juiz não acrescenta nada de novo. Uma vez que os direitos do arguido estão *ab initio* garantidos, que existe um reconhecimento e, portanto, uma decisão tácita sobre a culpabilidade, a ulterior ratificação jurisdicional tem um carácter meramente formal; é uma diligência susceptível de se converter numa simples formalidade.

E — A força de caso julgado da transacção em matéria penal

100. Fazer justiça penal por esta via convencional não é, pois, um sucedâneo, mas uma forma diferente de exercer o *ius puniendi*, uma alternativa à função estritamente jurisdicional no que diz respeito a certas infracções.

101. Assim que o arguido aceita a proposta do delegado do Ministério Público e cumpre as condições impostas, o Estado deu a sua resposta definitiva à falta, de forma que quem transige e assume o acordado, tal como o arguido que é julgado através de sentença definitiva, tem direito a que não se volte a olhar para trás, a que o conteúdo da transacção não possa ser alterado e a não ser incomodado no futuro devido aos mesmos factos.

102. Ou seja, a transacção vincula e, uma vez cumprida, constitui a última palavra do poder público sobre a questão. Ora, força executiva e de caso julgado são as duas notas que caracterizam toda e qualquer decisão jurisdicional adoptada para resolver um litígio [50].

103. Este especial vigor da decisão vai somente até onde o Ministério Público pode transigir, isto é, ao procedimento

50 — O eminente penalista francês F. Hélie indica que a soberania das sentenças reside na sua firmeza (*Practique Criminelle des Courts et Tribunaux*, 6.ª edição, em 4 volumes, corrigida e actualizada quanto à legislação e à jurisprudência por Brouchot J., e Brouchot F., *Librairies techniques de la Cour de Cassation*, 1954).

penal, nas não pode afectar as acções que, como a acção cível, que deriva de toda e qualquer infracção criminal, respeitam à vítima ou, mais genericamente, ao lesado. Por esta razão, os artigos 216.°-A e 216.°-B do *Code d'instruction criminelle* belga dispõe que a extinção da acção pública na mediação penal não prejudica o direito ao exercício da acção cível das vítimas ou seus sucessores, e o ordenamento jurídico neerlandês reconhece aos interessados o direito a recorrer da decisão do delegado do Ministério Público para um órgão jurisdicional [51].

104. Ou seja, nos termos do artigo 54.° da convenção, a extinção da acção penal num Estado-Membro, como consequência de uma transacção convencionada e realizada com êxito, impede noutro um procedimento judicial repressivo dos mesmos factos, mas não obsta a que a vítima exerça a acção cível na jurisdição que lhe corresponda.

105. É esta uma afirmação que, por ser óbvia, seria desnecessária, uma vez que a referida disposição convencional se refere somente ao procedimento criminal. Nos sistemas em que o ofendido não pode exercer a acção cível conjuntamente com a penal nos órgãos jurisdicionais desta última, não há qualquer dúvida. Nos ordenamentos jurídicos em que é efectivamente possível essa acumulação de acções nos tribunais penais, quando se verifica um arquivamento da causa, fica sempre ressalvado o direito do lesado de exercer a acção cível perante o órgão e pelo processo que lhe corresponda.

106. A título de recapitulação das considerações que até aqui expus, estou em condições de afirmar que o artigo 54.° da convenção se aplica à transacção em matéria penal, na medida em que: 1.°) é uma via para o exercício do *ius puniendi* do Estado; 2.°) implica a emissão de um juízo tácito definitivo sobre a conduta do arguido e a aplicação de medidas de carácter punitivo; e 3.°) desde que ressalve os eventuais direitos da vítima a exigir reparação.

5. A interpretação da expressão «definitivamente julgado» do artigo 54.° da convenção

107. Apesar das razões expostas, que conduzem a uma interpretação ampla, os Governos alemão e francês propõem um entendimento restritivo do artigo 54.° da convenção, através de uma interpretação literal dos termos utilizados nas versões alemã, francesa e neerlandesa. Na sua

51 — V. artigos 12.° e segs. do Wetboek van Strafvordering.

opinião, as expressões *rechtskräftig abgeurleitl, onherroepelijk vonnis* e *définitivement jugée*[52] referem-se à intervenção de um órgão jurisdicional e, como na transacção não intervém um juiz, não é abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 54.° da convenção.

108. Se se comparar esta última disposição com o artigo 58.°, verifica-se que não é tão óbvio que o primeiro se refira somente a decisões jurisdicionais, ou seja, a uma decisão de um juiz ou de um tribunal, proferida no fim de um processo judicial com todas as garantias do contraditório e da defesa. O artigo 58.° permite que os Estados signatários da convenção aprovem disposições em que se conceda ao efeito *ne bis in idem* associado às «decisões jurisdicionais» um alcance mais amplo do que o previsto no artigos anteriores. Nas versões francesas, neerlandesa e alemã desta última disposição utilizam-se, respectivamente, as expressões *décisions judiciaires, vonnis* e *Justizentscheidungen*[53], o que permite supor que a vontade das partes contratantes não foi limitar o âmbito de aplicação do artigo 54.° às decisões jurisdicionais em sentido estrito.

109. Quando esta disposição se refere a quem tenha sido «definitivamente julgado» (*rechtskräftig abgeurleitl, onherroepelijk vonnis, définitivement jugée, finally disposed, giudicata con sentenza definitiva* ou *definitivamente julgado*), apesar do teor literal da versão espanhola, não alude a uma decisão jurisdicional que adopte a forma de sentença, depois de um processo que reúna todas as garantias do artigo 6.° da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem, mas, de forma mais genérica, a toda e qualquer decisão adoptada no universo judicial, através da qual se manifeste a última palavra do Estado sobre os factos passíveis de procedimento penal e a culpabilidade do seu autor, quer provenha de um tribunal que desempenha a sua função de julgar, de um juiz de instrução como resultado da sua tarefa de investigar ou de um delegado do Ministério Público no exercício da acção que sujeita a procedimento penal os factos que constituem delitos.

110. Esta apreciação é permitida porque os termos utilizados pelas diferentes versões não são unívocos, de forma que, se, à primeira vista, a abordagem dos referidos governos parece convincente, não o será se se tiver em conta a falta de uniformidade

52 — A versão espanhola utiliza a expressão «juzgada en sentencia firme». Na inglesa pode ler-se *finally disposed*, enquanto na italiana e na portuguesa aparecem, respectivamente, as expressões *giudicata con sentenza definitiva* e *definitivamente julgado*.

53 — O texto em língua inglesa utiliza as palavras *judicial decisions*, a versão italiana utiliza *decisione giudiziarie* e na portuguesa lê-se *decisões judiciais*.

dos textos do artigo 54.º [54]. Se se aprofundar, como fiz nos números anteriores, a análise da dinâmica da disposição, da natureza da transacção e do fundamento do princípio *ne bis in idem*, pode verificar-se a incoerência da referida interpretação.

111. O entendimento estrito que os referidos Governos propõem pode conduzir a resultados absurdos. Por exemplo, uma pessoa absolvida por sentença definitiva por ter provado que não participou nos factos constitutivos do delito não poderia ser novamente julgada noutro Estado-Membro, enquanto o arguido que na fase de investigação obtém do juiz de instrução um despacho de não acusação sem condições pela mesma razão teria sobre a sua cabeça a espada de Dâmocles de um novo processo. O direito deve recusar as interpretações conducentes a desenlaces contrários à razão e à lógica.

112. Além disso, a tese restritiva poderia conduzir ao fracasso do instituto. O arguido que transige fá-lo porque, reconhecendo a sua culpa e sujeitando-se à pena que o Ministério Público lhe propõe, sabe que vai saldar as suas contas de forma mais vantajosa do que se, não aceitando a transacção, forçar um processo penal que terminará com uma sentença. No entanto, se não obtém a garantia de que, uma vez que cumpriu a pena, a sua conduta não voltará a ser valorada, inclinar-se-á a recusar a proposta, podendo esta via de aplicar a justiça penal, verdadeira válvula de escape para o sistema judicial, chegar a tal ponto de ineficácia que se deva considerar inútil.

113. O Governo alemão defende que o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem limita o princípio *ne bis in idem* às decisões jurisdicionais. Esta interpretação colide com a exegese mais ampla que o Tribunal de Estrasburgo realizou, para quem tal disposição tem «por objecto proibir a repetição de diligências penais definitivamente encerradas e não se aplica, portanto, antes da abertura de um novo processo» [55].

114. Na posição dos Governos francês, belga e alemão verifica-se uma perda de perspectiva. O princípio *ne bis in idem* não é, como já referi, uma regra processual, mas uma garantia fundamental dos cidadãos nos sistemas jurídicos que, como os dos membros da União Europeia, assentam

54 — Não é a primeira vez que o Tribunal de Justiça se depara com divergências entre as várias versões linguísticas do mesmo texto normativo. Em situações parecidas indicou que se deve ter em consideração o conjunto das versões [v. acórdão de 5 de Dezembro de 1967, H. van der Vecht (19/67, Colect. 1965-1968, p. 686; Recueil, p. 445), em especial a página 456], bem como, acrescento eu, o contexto normativo.

55 — Decisão de 23 de Outubro de 1995, Gradinger/Áustria (série A, n.º 328-C), n.º 53.

no reconhecimento ao indivíduo de um conjunto de direitos e liberdades perante a acção dos poderes públicos. Ao delinearem a colaboração em matéria de segurança e justiça, os Estados-Membros reconheceram a vigência do referido princípio nos artigos 54.° e seguintes da convenção, reconhecimento que, obviamente, constitui um limite ao exercício do direito de perseguir e punir um delito.

115. A amplitude deste limite deve ser definida partindo do ponto de vista do cidadão, uma vez que se trata de uma das suas garantias. No caso de, por ter sido processado, julgado e, em caso de condenação, punido através da aplicação de uma pena, o infractor tem direito a que outro Estado signatário não faça o mesmo, pouco importando a forma e o modo de obtenção da decisão judicial, desde que se observem todas as condições e requisitos fixados no ordenamento jurídico em que a decisão é produzida. Seria irónico argumentar que o artigo 54.° da convenção só pode contemplar decisões jurisdicionais, ou seja, decisões proferidas depois de um processo em que se respeitaram todas as garantias para, precisamente com esse argumento, reduzir o âmbito de aplicação de uma dessas garantias.

116. Por outro lado, uma interpretação literal e estrita do artigo 54.° da convenção teria consequências nefastas. Com efeito, assinalei que a transacção é uma forma de aplicar a justiça penal a pequenas ou médias infracções, mas que não se imiscui no âmbito de delitos mais graves. Desta forma, a postura dos Governos alemão, francês e belga daria um tratamento mais favorável aos grandes delinquentes, que se aproveitariam da regra *ne bis in idem*, relativamente aos autores de transgressões leves, cuja reprovação social é menor. O autor do crime mais grave, que só pode ser condenado por sentença definitiva, não poderia ser julgado novamente noutro Estado signatário da convenção, contrariamente ao pequeno infractor que aceitou e cumpriu uma transacção proposta pelo delegado do Ministério Público.

117. De resto, para se fixar o alcance do artigo 54.° da convenção, procurar saber qual a vontade do legislador acaba por ser irrelevante, tendo em conta que nem os próprios Estados-Membros chegam a acordo quanto à questão [56].

118. Do exposto resulta que o artigo 54.° da convenção se aplica a quem obtém do Ministério Público uma decisão de extinção do procedimento penal, uma vez que cumpriu as condições a que se comprometera com o referido representante do poder público do Estado.

56 — V. as observações escritas apresentadas pelos governos nas duas questões prejudiciais.

6. A outra face da moeda: o princípio da confiança mútua

119. A regra *ne bis in idem* não é só uma garantia subjectiva do cidadão, é também um instrumento ao serviço do princípio da segurança jurídica, que impõe que as decisões adoptadas pelo poder público, uma vez definitivas, não possam ser discutidas *sine die*.

120. Assim, quando a acção penal se extinguiu num Estado-Membro os restantes não podem ignorar este facto.

121. Seria inaceitável que, numa Europa integrada, que está num processo aberto de cooperação cada vez mais estreita entre os Estados-Membros, uma pessoa pudesse ser demandada segunda vez.

122. A realização do objectivo indicado no Tratado da União Europeia [57], que consiste em estabelecer um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, exige que a eficácia das decisões estrangeiras seja garantida pelos Estados-Membros.

123. Para cumprir este propósito, o novo título VI do Tratado da União dispõe que a acção comum em matéria penal tem por objectivo, nomeadamente, «facilitar e acelerar a cooperação entre os ministérios e as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos Estados-Membros, no que respeita à tramitação dos processos e à execução das decisões» [58].

124. Este objectivo comum não pode ser alcançado sem uma confiança recíproca dos Estados-Membros nos seus sistemas de justiça penal [59] e sem um reconhecimento mútuo das respectivas decisões, adoptadas num verdadeiro «mercado comum dos direitos fundamentais». Efectivamente, tal reconhecimento baseia-se na ideia de que, mesmo quando um Estado não trate certa matéria de forma igual ou análoga a outro,

57 — O artigo 2.° UE dispõe no seu quarto travessão que um dos objectivos é «a manutenção e o desenvolvimento da União enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, asilo e imigração, bem como de prevenção e combate à criminalidade».

58 — Artigo 31.°, alínea a), UE.

59 — No n.° 33 das conclusões do Conselho Europeu realizado em Tampere, nos dias 15 e 16 de Outubro de 1999, pode ler-se que «uma maior reconhecimento mútuo das decisões judiciais e a necessária aproximação das legislações facilitará a cooperação entre as autoridades e a protecção judicial dos direitos individuais. Logo, o Conselho Europeu adopta o princípio do reconhecimento mútuo, que, na sua opinião, deve ser a pedra angular da cooperação judicial em matéria civil e penal no âmbito da União. O princípio deveria aplicar-se tanto às sentenças como a outras decisões das autoridades judiciais».

os resultados são considerados equivalentes às suas próprias decisões, porque obedecem aos mesmos princípios e valores. É um elemento imprescindível no processo evolutivo em que a União Europeia se encontra mergulhada: confiança na pertinência das disposições dos membros e na sua correcta aplicação [60].

125. E o reconhecimento de uma decisão significa também tê-la em consideração, sendo um dos seus corolários a aplicação do princípio *ne bis in idem*.

126. Como se pode ver, todos os argumentos conduzem a uma interpretação ampla do artigo 54.º da convenção, que permita incluir no seu âmbito de aplicação as decisões de arquivamento dos procedimentos penais adoptadas pelo Ministério Público, depois de alcançada e executada com êxito uma transacção. É esta a posição da Comissão e dos Governos neerlandês e italiano.

127. A Comissão já tinha feito esta proposta. «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 [...]. Por outras palavras, uma pessoa que tenha sido condenada ou absolvida no Estado-Membro A [...] não deve ser perseguida no Estado-Membro B [...], ainda que este último Estado tenha jurisdição para apreciar os factos [...] ou que a sentença nele pronunciada pudesse ser diferente [...]» [61].

128. E este caminho foi seguido pelo Conselho que, no Programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais [62], sugere a sua aplicação plena [63].

129. É verdade que neste documento se diz que tal objectivo só foi parcialmente alcançado nos artigos 54.º a 57.º da convenção e que é necessário alargar o princípio de reconhecimento mútuo às decisões de libertação, bem como às adoptadas «após uma mediação penal». No entanto, as anteriores declarações não são, como pretende o Governo belga, um argumento definitivo para a interpretação estrita que defende com o Governo alemão.

60 — V. comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu — Reconhecimento mútuo de decisões finais em matéria penal (COM/2000/495), ponto 3.1.

61 — V. ponto 6.2 da comunicação da Comissão, já referida.

62 — JO C 12, p. 10.

63 — Ponto 1.1, medida n.º 1.

130. O referido documento não é um texto normativo que vincule o Tribunal de Justiça. Além disso, é um elemento de interpretação acessório, que não pode ser considerado de forma isolada, sem ter em conta outros, muito mais decisivos para o exercício do poder jurisdicional que lhe cabe e que consiste em «dizer o direito» e interpretar as disposições que integram o ordenamento jurídico comunitário, como são os que expus ao longo de estas conclusões: a razão de ser do artigo 54.° da convenção, os fundamentos do princípio *ne bis in idem*, a natureza dos mecanismos de transacção e o processo de integração europeia que exige uma cooperação cada vez mais estreita entre os Estados-Membros, nos termos indicados pelo Conselho no programa.

131. Além disso, da referência feita à mediação penal não se obtém a dedução efectuada pelo Governo belga. Em primeiro lugar, porque o Conselho não detém o monopólio da interpretação da convenção e, em segundo, porque essa alusão carece de rigor e não permite afirmar, sem a menor sombra de dúvida, se diz respeito à mediação penal em sentido estrito ou se inclui todos os mecanismos de transacção, como os que analisei nestas conclusões, nos quais o poder público estatal oferece ao arguido um acordo para o arquivamento dos autos em troca do cumprimento de determinadas obrigações.

132. Penso, contrariamente, que as decisões mais recentes do Conselho demonstram que a sua vontade está muito longe da que o Governo belga lhe pretende atribuir, após uma leitura precipitada do referido Programa.

133. Resulta da decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo [64], que os Estados-Membros devem colaborar com vista a coordenar as acções judiciais com o objectivo de centralizar o exercício da acção pública num único. Trata-se, como se propôs durante a presidência espanhola [65], de que os princípios de igualdade e de confiança mútua conduzam a aplicação do *ius puniendi* pelos membros, para preservar a ordem social europeia, garantindo os direitos fundamentais e as liberdades públicas em que assentam os sistemas jurídicos da União e dos Estados que a integram, entre os quais se encontra o princípio *ne bis in idem*.

64 — JO L 164, p. 3.

65 — V. decisão-quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002 relativa às equipas de investigação conjuntas (JO L 162, p. 1), cujo primeiro considerando diz que «[u]m dos objectivos da União é facultar aos cidadãos um elevado nível de segurança num espaço de liberdade, segurança e justiça, devendo esse objectivo ser atingido mediante a prevenção e o combate à criminalidade através de uma cooperação mais estreita entre as forças policiais, as autoridades aduaneiras e outras autoridades competentes dos Estados-Membros, respeitando, ao mesmo tempo, os princípios dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e do Estado de direito, subjacentes à União e comuns a todos os Estados-Membros».

VII — Conclusão

134. De acordo com as considerações anteriores, sugiro ao Tribunal de Justiça que, em resposta às perguntas submetidas pelo Oberlandesgericht Köln e pelo Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne, declare que «o princípio *ne bis in idem* referido no artigo 54.° da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, também se aplica quando o procedimento penal se extingue no ordenamento jurídico de uma parte contratante como consequência da decisão adoptada pelo Ministério Público, uma vez que o arguido cumpriu determinadas condições, sendo irrelevante que tal decisão tenha de ser homologada por um juiz, desde que:

1) as condições impostas tenham carácter punitivo;

2) o acordo implique um reconhecimento, expresso ou tácito, da culpabilidade e, logo, contenha um juízo, expresso ou tácito, de reprovação da conduta; e

3) não cause prejuízo à vítima e aos restantes lesados, eventuais titulares de acções cíveis».