

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESPAÇO DE LIBERDADE,
SEGURANÇA E JUSTIÇA: O *NE BIS IN IDEM* PRETORIANO
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA¹

John A.E. Vervaele*

1. Introdução

Durante anos o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) elaborou uma série completa de princípios gerais do Direito comunitário, inclusive na área do Direito Penal e do Direito Processual Penal². Com a entrada em vigor da cooperação nos âmbitos da Justiça e dos Assuntos de Interior (JAI) do terceiro pilar mediante o Tratado de Maastricht, e a ampliação da jurisdição do Tribunal de Justiça para os assuntos do terceiro pilar, introduzida pelo Tratado de Amsterdã, o Tribunal Europeu da U.

¹ Este artigo é uma versão modificada e atualizada do trabalho: VERVAELE, J.A.E., "El principio *ne bis in idem* em Europa. El Tribunal de Justicia e los derechos fundamentales em el espacio judicial europeo", *Revista General de Derecho Europeo*, Justel, n.º 5, 2004, p. 1-20. Foi atualizado até 15.10.2007. O livro se intitula: "El proceso penal em la Unión Europea: garantías esenciales." Coord.: M. de Hoyos Sancho; editorial Lex Nova, Valladolid, 2008. *Monsterrat de Hoyos*.

² Catedrático de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito, Utrecht (Holanda); Catedrático no Colégio de Europa de Bruxelas (Bélgica); Tradução de Isidoro Blanco Cordero, Professor Titular de Direito Penal, Universidad de Vigo, España; Tradução do espanhol ao português José Paulo Baltazar Junior.

* Ver, por exemplo, o Caso 80/86, *Koipingerhuis*, [1987] ECR 3969. Comenta este caso Sevenster, "Criminal Law and EC Law", 29 CML Rev. (1992), 29-70.

nião Europeia (TJUE)³ teve a oportunidade de estender o âmbito de aplicação dos princípios gerais a novas áreas políticas mais diretamente relacionadas com os princípios do devido processo e os direitos fundamentais.

Antes da entrada em vigor da cooperação em matérias JAI conforme o terceiro pilar, os Estados membros elaboraram acordos *ad hoc* de cooperação em matérias penais no marco da Cooperação Política Europeia⁴. Mas o avanço se deu com o Acordo de Schengen de 1985. França, Alemanha e os três países do Benelux acordaram uma cooperação mais próxima entre eles em matéria de migração, cooperação policial e cooperação judicial em matéria penal e a constituição de um Sistema de Informação de Schengen (SIS). A cooperação Schengen funcionou muito bem e muitos Estados membros da União Europeia (EU) se incorporaram a ela. Os acordos intergovernamentais de Schengen de 1985 e 1990 e o acordo elaborado de Schengen⁵ foram incorporados a estrutura da EU mediante um protocolo anexo ao Tratado da EU e ao Tratado CE pelo Tratado de Amsterdã. As disposições relativas a asilo, política de imigração, etc., foram integradas no primeiro pilar (quer dizer: no Tratado CE, Título IV); as disposições sobre a cooperação policial e a cooperação judicial em matéria penal no terceiro pilar. No entanto, foram acordadas posições jurídicas especiais sobre a possibilidade de optar por incorporar-se a este âmbito respectivamente para o Reino Unido e Irlanda (que não estão obrigadas pelo acervo de Schengen), de abandono para Dinamarca e para os paí-

³ Utilizo aqui a terminologia mais lógica do próximo Tratado de Lisboa, firmado por todos os Estados Membros em dezembro de 2007 e agora aguardando ratificação.

⁴ Vervaele, *Fraud against the Community. The need for European fraud legislation* (Davanier, 1992), p. 345 and Vervaele and Klip (Eds.), *European Cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities* (Kluwer Law International, 2002).

⁵ Uma visão detalhada do acervo Schengen pode ser vista em: Council of the EU, "The Schengen Acquis integrated into the EU" (1999), disponível em <http://ue.eu.int/inf/default.asp?lang=en>, último acesso em 21 de março de 2004.

ses não integrantes da União, mas que são parte da estrutura de Schengen, Islândia e Noruega.

A incorporação de Schengen no direito da União incluiu também os artigos 54 a 58 do Convenio de 1990 de aplicação do Acordo de Schengen de 1985 (no sucessivo CAAS) sobre a aplicação do princípio *ne bis in idem*. Esses artigos se incorporaram ao Título VI do Tratado EU (disposições do terceiro pilar) sobre a base jurídica dos artigos 34 TUE e 31 TUE⁶. O art. 54 dispõe: "Uma pessoa que tenha sido julgada por sentença transitada em julgado por uma Parte contratante não poderá ser perseguida pelos fatos por outra Parte contratante, sempre que, em caso de condenação, tenha sido executada a sanção, esteja sendo executada ou não possa executar-se segundo a legislação da Parte contratante onde tenha ocorrido a condenação". O art. 55 contém exceções a regra do *ne bis in idem*, mas que devem ser colocadas formalmente no momento da assinatura ou ratificação. Uma das possíveis exceções é que os atos tenham ocorrido total ou parcialmente no seu próprio território. Outro artigo importante nesse contexto é o art. 58, segundo o qual as disposições nacionais podem ser mais amplas e ir além das disposições Schengen sobre o *ne bis in idem*, dando uma proteção mais ampla.

O art. 2º do Protocolo de Schengen dispõe que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias exercerá as competências que outorgam as disposições aplicáveis pertinentes dos tratados. O Tratado de Amsterdã ampliou a jurisdição do TJCE às questões do terceiro pilar, para pronunciar-se, entre outras coisas, sobre a validade e a interpretação das decisões-marco e das decisões assim como das medidas de aplicação. Os Estados-Membros devem acei-

⁶ 1999/436/CE. Decisão do Conselho, de 20 de maio de 1999. *Diário Oficial* nº L 176 de 10/07/1999 p. 0077 - 0030.

tar essa jurisdição de acordo com o art. 35 (2) do TUE e, quando aceitem, segundo o art. 35 (3) do TUE podem optar entre conceder a competência para pedir ao Tribunal que se pronuncie com caráter preliminar a qualquer órgão jurisdicional ou somente àqueles órgãos jurisdicionais cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial ulterior. Desafortunadamente, alguns estados (incluindo a Espanha) optaram pela segunda opção e a maioria dos novos Estados-Membros não reconheceram competência alguma. No entanto a interpretação do TUE tem validade em todo espaço da União, incluindo os países que não tenham reconhecido a competência.

2. O princípio *ne bis in idem*

O princípio *ne bis in idem* é um princípio geral do Direito (penal) em muitos ordenamentos jurídicos nacionais, ocasionalmente codificado a nível constitucional, como a cláusula relativa ao *ne bis in idem* (proibição da dupla penalização – *double jeopardy*) da quinta emenda da Constituição dos Estados Unidos da América. Historicamente se tem considerado que o princípio *ne bis in idem* somente se aplica a nível nacional e está limitado à justiça penal. Em relação ao conteúdo do princípio, tradicionalmente se faz uma distinção entre *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (ninguém pode ser submetido a mais de um processo pelo mesmo delito) e *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (ninguém pode ser castigado duas vezes pelo mesmo delito). Alguns países limitam o princípio à proibição do duplo castigo⁷. Quanto à dupla persecução, se discute muito sobre o significado de persecução. Inclui também a

investigação judicial, ou se limita à acusação pelos fatos imputados perante os tribunais? No último caso, alguns Estados tem no direito nacional disposições *una via*, que impõem às autoridades o dever de optar em uma certa fase da investigação entre um processo penal ou administrativo.

O fundamento do princípio *ne bis in idem* é múltiplo. É claramente um princípio de proteção judicial para o cidadão contra o *ius puniendi* do Estado, que forma parte dos princípios do devido processo e do juízo justo. Por outro lado, o respeito à condição de *res iudicata* (*pro veritate habetur*) da coisa julgada na sentença transitada em julgado⁸ é importante para a legitimidade do sistema jurídico e para a legitimidade do Estado.

O princípio *ne bis in idem* coloca muitas questões. A maior parte da jurisprudência dos Estados se refere à definição de *idem* e de *bis*. Para a consideração do que é o mesmo/*idem* se deve levar em conta a definição jurídica do delito ou o conjunto de fato (*idem factum*)? Depende do alcance e dos bens jurídicos protegidos pelos dispositivos jurídicos? As pessoas físicas e jurídicas são diferentes quanto a aplicação do princípio? Se limita o alcance do princípio a dupla sanção penal ou inclui também outras sanções punitivas a ser impostas conforme o Direito Privado ou ao Direito Administrativo? Que é uma sentença transitada em julgado? Inclui a absolvição ou sobrestamento do caso? Que significa a execução de uma sentença transitada em julgado? O respeito ao princípio *ne bis in idem* impediu um processo ou uma sanção adicional (*Ertledigungsprinzip*), ou a autoridade pode impor um segundo castigo levando em consideração o primeiro castigo (*Anrechnungsprinzip*)?

⁷ Neste caso, porém, se pode considerar uma persecução dupla como uma violação dos princípios de uma administração da justiça justa.

⁸ *Interest rei publicae ut sit finis litium, bis de eadem re ne sit actio.*

Nos casos *Gözülök e Brügge*, a discussão se limita ao conceito de execução de uma sentença firme e às transações.

O princípio nacional *ne bis in idem* também é previsto como um direito individual nos instrumentos jurídicos internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 19 de dezembro de 1966 (art. 14(7))⁹. O Convênio Europeu de Direitos Humanos (CEDH) não contém tal disposição a antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos¹⁰ negou a existência do princípio como tal no art. 6º do CEDH, sem excluir, no entanto, em termos absolutos, que certas perseguições duplas poderiam violar o direito a um juízo justo de acordo com o art. 6º do CEDH. O dispositivo foi elaborado no Sétimo Protocolo à CECH (art. 4º), mas somente uma minoria dos Estados Membros da EU ratificaram o Protocolo n° 7. Para a Bélgica, Alemanha e Países Baixos o Sétimo Protocolo não é vinculante. No entanto, a jurisprudência poderia servir de inspiração. A maioria dos casos se referem a definição de *idem*. Depois de algumas sentenças contraditórias¹¹ sobre a aplicação do art. 4º do Protocolo 7, o TEDH fixou seu critério na decisão do caso *Franz Fischer v. Austria*¹², baseado

⁹ O Comitê Europeu de Direitos Humanos assinou que o art. 14 (7) não se aplica à *res judicata* estrangeira, UN Human Rights Committee 2 Nov. 1987. Os Países Baixos formularam a seguinte reserva: "Art. 14, parágrafo 7 O Reino dos Países Baixos aceita esta disposição unicamente na medida em que não inclua outras obrigações distintas das enunciadas no art. 68 do Código Penal dos Países Baixos e no artigo 70 do Código Penal das Antilhas Holandesas, tal como se aplicam atualmente. Esses artigos dispõem:

1) Exceito em casos em que se prevê a revisão das decisões dos tribunais, ninguém pode ser processado de novo por um delito a respeito do qual um tribunal dos Países Baixos ou das Antilhas Holandesas tenha proferido uma sentença transitada em julgado.

2) Se a sentença tenha sido proferida por algum outro tribunal, a mesma pessoa não pode ser processada pelo mesmo delito nos casos de 1) absolvição ou desistência da ação, 1i) condenação seguida de execução completa, de remissão ou de anulação da sentença."

¹⁰ European Commission on Human Rights, 13 July 1970, Application 4212/69, CDR 35, 151.

¹¹ *Gradinger v. Austria* sentença de 23 de outubro de 1995, Series A No. 328-C, e *Oliveira v. Switzerland* sentença de 30 de julho de 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-V, p. 1990.

¹² *Franz Fischer v. Austria* de 29 de maio de 2001, Series A No. 312 (C), confirmada em *W.F. v. Austria* sentença de 30 de maio de 2002 e *Salter v. Austria*, sentença de 6 de junho de 2002. Ver estas decisões em <http://www.echr.coe.int/>.

no *idem factum*; ainda que no caso de *Gökten v. France*¹³ o Tribunal pareceu confiar, novamente, no *idem* jurídico.

Ainda que não exista nenhuma decisão do TEDH sobre a definição de sentenças transitadas em julgado e executadas e transações, na jurisprudência de Estrasburgo fica claro que o princípio *ne bis in idem* não se limita apenas ao duplo castigo, mas inclui também a dupla perseguição, o que significa ao mesmo tempo que o princípio de "tomar em consideração" ("*taking into account*") não é suficiente para respeitar o *ne bis in idem*. Isso sublinha a importância de cooperar a nível de investigação e de introduzir disposições *una via* em lugar de disposições tendentes a evitar a acumulação de sanções. Segundo, o *bis* também inclui a combinação de duas acusações pensais no sentido do art. 6º, o que significa, por exemplo, a imposição de uma sanção punitiva penal e uma sanção punitiva administrativa¹⁴.

3. O princípio transnacional (horizontal) *ne bis in idem* na Europa¹⁵

Poucos países reconhecem a validade das sentenças estrangeiras em matéria penal para execução no ordenamento jurídico nacional sem ter como base um tratado. É problemático até mesmo o reconhecimento da condição de *res judicata* a uma sentença penal estrangeira, em especial quando estão envolvidos delitos territoriais. O reconhecimento de uma *res judicata* estrangeira

¹³ *Gökten v. France*, sentença de 2 de julho de 2002, <http://www.echr.coe.int/>

¹⁴ A *double jeopardy clause* da Quinta Emenda não está limitada ao Direito Penal, mas inclui também as sanções civis e administrativas punitivas. No entanto, recentemente o caso principal *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989), foi novamente um tanto limitado em *Hudson v. U.S.*, 522 U.S. 93 (1997). Ver também *Verveile*, "El embargo e la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos", *Actualidad Penal*, 1999, 291-315

¹⁵ Specht, *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem* (Berlin, 1999).

significa que fica excluída uma nova persecução ou castigo (efeito negativo) ou que a decisão seja tomada em conta no contexto do processamento de outros casos (efeito positivo). Grande parte dos sistemas jurídicos do *common law* reconhecem o efeito de *res judicata* das sentenças estrangeiras. No sistema do *civil law* os Países Baixos certamente tem a disciplina mais liberal e de alcance mais amplo. O Código Penal holandês contém uma disposição geral sobre o *ne bis in idem* que é aplicável a sentenças nacionais e estrangeiras em que tenha sido cometido o delito¹⁶. O princípio *ne bis in idem* também é importante como fundamento para rechaçar a cooperação nos proceçimentos de extradição e nas cartas rogatorias judiciais, etc. No entanto, não há nenhuma regra de Direito Internacional que imponha o *ne bis in idem* internacional. A aplicação depende do conteúdo dos tratados internacionais. Mesmo quando os Estados reconhecem o princípio *ne bis in idem* internacional, podem colocar-se problemas na cena transnacionais devido a interpretações diferentes do princípio em relação ao *idem*, ao *bis*, etc. (ver *supra*).

Na Europa foram feitos esforços desde a década de 1970, no marco do Conselho da Europa, para introduzir um princípio *ne bis in idem* regional internacional. Nesse marco de cooperação, o princípio *ne bis in idem* se aplica apenas *inter partes*, isso significa que pode ser ou deve ser aplicado entre os Estados em uma solicitação concreta. Não é considerado como um direito individual *erga omnes*. *Ne bis in idem* está contido como obrigatório no Convênio do Conselho da Europa sobre a Validade Internacional das Sentenças Penais de 1970 (art. 35-37). No entanto, ambos os Convênios tem um índice de ratificação bastante pobre e contém muitas exce-

¹⁶ Um comentário sobre o princípio *ne bis in idem* do art. 68 do Código Penal holandês pode ver-se em Baauw, "Ne bis in idem", em Swart and Klop (Eds.), *International Criminal Law in the Netherlands* (MPl, Freiburg im Breisgau, 1997), pp. 75-84.

ções ao princípio *ne bis in idem*. No Convênio de 1990 relativo à lavagem, localização, arresto e perdimento dos productos do delito (art. 18, § 1e), ratificado por um grande número de firmantes, é opcional, mas algumas Partes Contratantes o incluíram em sua declaração de ratificação como causa para negar-se a dar cumprimento a solicitações de cooperação.

Os Ministros Europeus de Justiça eram totalmente conscientes de que o aprofundamento e a ampliação da integração europeia também levaria a um aumento do crime transfronteiriço e da justiça transnacional na Europa. No marco da Cooperação Polítca Europeia, antes da entrada em vigor do Tratado de Maastricht que continha o terceiro pilar sobre Justiça e Assuntos de Interior, elaboraram o Convênio entre os Estados Membros das Comunidades Europeias relativo a aplicação do princípio *ne bis in idem* de 1987, que se refere ao princípio *ne bis in idem* em uma cena transnacional na CE. O Convênio foi ratificado muito escassamente¹⁷, mas seu conteúdo foi integrado no CAAS, que, por essa razão, pode ser qualificado como o primeiro convênio internacional que estabelece um princípio internacional *ne bis in idem* como um direito individual *erga omnes*. As disposições Schengen serviram como modelo para várias disposições *ne bis in idem* nos instrumentos E.U. sobre Justiça e Assuntos de Interior¹⁸, que é a razão pela qual a sentença do TJCE nos casos *Gözütok y Brügge* atualmente vai mais além dos dispositivos CAAS. O Convênio relativo a proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias e seus diversos protocolos contém algumas disposições sobre o *ne bis in idem*.

¹⁷ O Convênio relativo à aplicação do princípio *ne bis in idem* foi ratificado pela Dinamarca, França, Holanda e Portugal e se aplica provisoriamente a eles.

¹⁸ *Kühne*, "Ne bis in idem in den Schengener Vertragsstaaten" (1998) JZ, 876-880; Schomburg, "Die Europäisierung des Verbotis doppelte Straferfolgung - Ein Zwischenbericht" (2000) NJW, 1833-1840 e Van den Wyngaert e Slessens, "The international non bis in idem principle: Resolving some of the unanswered questions", (1999) ICJQ, 786-788.

*idem*¹⁹. E também o Convênio relativo a luta contra os atos de corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados Membros da União Europeia.²⁰

A importância do princípio *ne bis in idem* não está limitada, certamente, ao terceiro pilar da EU. A CE tem competências administrativas sancionadoras no campo da competência e poderes muito amplos para harmonizar as sanções administrativas em muitas políticas da CE. O TJCE prestou atenção ao princípio *ne bis in idem* no campo da competência²¹. De acordo com o Regulamento 17/62²², o TJCE já indicou no caso *Walt Wilhelm*²³ de 1969 que as persecuções duplas, uma pela Comissão e outra pelas autoridades nacionais, se adequavam ao Regulamento e não violavam o princípio *ne bis in idem*, uma vez que o âmbito das disposições normativas europeias e das nacionais era diferente. No entanto, se o resultado é imposição de duas sanções consecutivas, um requisito de justiça natural demanda que toda decisão punitiva prévia deva ser tomada em conta para a determinação de qualquer sanção a impor (princípio de compensação - *Anrechnungsprinzip*).

O TJCE construiu, durante anos, uma antiga tradição que confirma que o princípio *ne bis in idem*, tal como figura no art. 4º do Protocolo 7 do CEDH, é um princípio geral de Direito comunitário²⁴, o que significa que não está limitado a sanções penais e se aplica em matéria de competência. No entanto, parece que o TJCE

¹⁹ Ver art. 7 do Convênio, D.O. 1996, C 3133.

²⁰ D.O. 1997, C 195/1, art. 10.

²¹ W. Wils, "The principle of 'ne bis in idem' in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis", 26 *World Competition* (2003), 000.

²² Regulamento 17/62, D.O. Edição especial em inglês: Série I Capítulo 1959-1962 p. 0087 (Edição especial em espanhol: Capítulo 08 Tomo 1 p. 0022).

²³ Caso 14/68, *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, [1969] ECR 3.

²⁴ Ver por exemplo el Caso 7/72, *Boehringer Mannheim v. Commission*, [1972] ECR 1261, e os Casos apensados C-238/99P, C-241/99P, C-245/99P, C-247/99P etc., *Limburgse Vrij v. Maatschappij NV (LVM) et al. v. Commission (PVC)*, [2002] ECR I-8375.

limita o princípio *ne bis in idem* a dupla sanção, e aceita o *Anrechnungsprinzip*. Esse problema não foi resolvido no novo Regulamento sobre a competência 1/2003²⁵. Esse Regulamento dispõe que, junto com a Comissão Europeia, as autoridades nacionais da competência aplicarão as normas europeias da competência, incluídas as regras de aplicação (art. 35). A Comissão Europeia e as autoridades nacionais formarão uma rede baseada na cooperação próxima. Na prática, devem evitar-se os conflitos de jurisdição e os problemas com o *ne bis in idem* através das boas práticas de cooperação, após as quais as autoridades de competência podem suspender ou terminar seus procedimentos (art. 13). No entanto não há nenhuma obrigação nisso, o que significa que não está excluída uma dupla persecução. Está bastante claro que a jurisprudência do TJCE relativa ao *ne bis in idem* internacional nos casos relativos a competência não está totalmente de acordo com a jurisprudência do TEDH sobre o *ne bis in idem* nacional, uma vez que exclui a dupla persecução do princípio *ne bis in idem* e aceita o princípio de "compensação" ("*taking into account*"), o *Anrechnungsprinzip*.

Finalmente, o princípio *ne bis in idem* transnacional somente tem efeito no território da União. Isso significa que uma empresa pode ser sancionada duas vezes por violar diferentes normas de competência, por exemplo, por autoridades de competência nos Estados Unidos e na Europa.²⁶

A norma do *ne bis in idem* também pode ter importância em outros setores nos quais a CE tem competências sancionadoras, como, por exemplo, na área da legislação europeia sobre contratos públicos.²⁷ A CE também harmonizou certos regimes sancionadores

²⁵ Regulamento 1/2003, D.O. 2003, L 1/1-25, entrou em vigor em 1º de maio de 2004.

²⁶ Caso T-223/00, *Kyowa Hako Kogyo Co.*, sentença de 9 de julho de 2003, nyr.

²⁷ Arts. 93-96 do Regulamento 1609/2002, D.O. 2002, L 248/1-48 e art. 133 do Regulamento

nos Estados membros. O pacote sobre a proteção de interesses financeiros da CE é um bom exemplo. Os Estados Membros estão obrigados a impor sanções administrativas e penais por irregularidades e fraude. O art. 6º do Regulamento 2988/95²⁸ prevê a suspensão dos procedimentos administrativos nacionais durante a tramitação dos procedimentos penais. Mas os procedimentos administrativos devem reiniciar-se quando concluídos os procedimentos penais e a autoridade administrativa deve impor as sanções administrativas prescritas, incluídas as multas. A autoridade administrativa pode ter em conta qualquer pena imposta pela autoridade judicial à mesma pessoa em relação com os mesmos fatos. É óbvio que estas disposições não refletem o efeito total do princípio *ne bis in idem*. O art. 6 somente dispõe que a reabertura dos procedimentos administrativos depois dos procedimentos penais pode ser evitada mediante os princípios jurídicos gerais. O princípio *ne bis in idem* deveria impedir a reabertura se se refere às mesmas pessoas e aos mesmos fatos, mas o Regulamento não o menciona explicitamente.

O *Corpus Juris*²⁹ sobre Direito Penal Europeu não contém uma disposição específica sobre o *ne bis in idem* transnacional, embora o art. 17 aborde o problema no maro do concurso de crimes, na medida em que estejam implicadas duplas sanções penais, ou impõe o princípio de “tomada em consideração”, na medida em que uma sanção penal se imponha posteriormente a uma sanção administrativa.

²⁸ Regulamento 2988/95, D.O. 1995, L 357/1-71.

²⁹ Regulamento 2988/95, D.O. 1995, L 312/1-4.

³⁰ Doms-Mary and Verwaelt (Eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. 1-4 (Intersentia, Antwerpen-Groningen, 2000-2001).

Finalmente, outra maneira de regular o problema é evitar a dupla persecução a nível transnacional. Constituem uma necessidade os procedimentos de consulta transnacional. Em alguns instrumentos UE se prescreve uma consulta entre os Estados e se dá prioridade a alguns critérios de jurisdição³⁰. A necessidade de coordenação da ação judicial na EU levou à criação de Eurojust, que, entre outras coisas, é competente para a coordenação das investigações judiciais de modo a evitar conflitos de jurisdição e problemas relativos ao princípio *ne bis in idem*. No entanto, Eurojust³¹ tem que solicitar uma decisão aos Estados-Membros, e a competência de Eurojust se limita aos delitos mais graves.

4. O *ne bis in idem* como início do desenvolvimento de princípios gerais na área de liberdade, segurança e justiça: as sentenças Gözütok e Brügge do TJUE

O CAAS constituiu um marco importante para o estabelecimento de um princípio *ne bis in idem* internacional baseado em um tratado multilateral. A interpretação do acervo Schengen em matéria de *ne bis in idem* foi a primeira ocasião para o TJEU pronunciar-se sobre o terceiro pilar e sobre o caráter jurídico de seu direito e os princípios gerais aplicáveis.

Nos casos apensados *Gözütok* e *Brügge*³², os tribunais nacionais colocaram ao TJUE sendas questões prejudiciais conforme

³⁰ Ver por exemplo o art. 7(3) da Decisão-quadro 2000/383/JAI sobre o fortalecimento da proteção, por meio de sanções penais e de outro tipo, contra falsificações penais e de outro tipo, contra a falsificação de moeda com vista à introdução do euro, D.O. de 14.6.2000 L 140/1 e art. 3º da Proposta de Decisão-quadro relativa a aplicação do princípio *ne bis in idem*, D.O. 2003 C 100/24.

³¹ Decisão do Conselho de 28 de fevereiro de 2002, D.O. 2002, L 63/1.

³² Sentença do Tribunal de Justiça de 11 de fevereiro de 2003 nos Casos apensados C-187/01 e C-385/01 (Petição de Decisão prejudicial do Oberlandesgericht Köln e Reichbank van eerste aantleg te Wurne), *Hilseyin Gözütok* (Caso C-187/01) e *Klaus Brügge* (Caso C-385/01), (2003) ECR I-5689.

o art. 35 TUE sobre a interpretação do art. 54 do CAAS, colocando interessantes questões sobre a validade e o alcance de um princípio essencial em matéria de direitos humanos, o princípio *ne bis in idem* (ou a proibição de dupla penalização - *double jeopardy*) no contexto UE/Schengen. Em se tratando do primeiro caso, vamos proceder seu exame de um modo mais extenso.

4.1. Fatos

O Sr. Gözütok, uma nacional turco que residia já há vários anos nos Países Baixos, era suspeito da posse de quantidades ilegais de drogas leves. No curso do registro de seu estabelecimento de comida rápida chamado "*Coffee and Teahouse Schorpioen*" em 1996, a polícia holandesa descobriu efetivamente alguns quilos de haxixe e maconha. As diligências penais contra o Sr. Gözütok se deram por concluídas devido a aceitação de uma chamada "*transactie*" proposta pelo Ministério Público holandês (transações oferecidas pelo ministério público no marco de um procedimento de extinção da ação pública), tal e como dispõe o art. 74 (1) do Código Penal holandês: "Antes de que se inicie a fase oral o ministério público pode estabelecer um ou vários requisitos para evitar ações penais em relação com delitos, salvo aqueles que a lei sancione com penas privativas de liberdade superiores a seis anos, e faltas. O direito a exercer a ação penal se extinguirá quando o imputado tenha cumprido tais requisitos".

O Sr. Gözütok pagou as somas solicitadas, no caso de 3000 NLG e 750 NLG. As autoridades alemãs dirigiram sua atenção ao Sr. Gözütok como consequência da comunicação de operações suspeitas levadas a cabo por um banco alemão à unidade de inteligência financeira alemã, realizada no marco das obrigações

CE contra a lavagem de dinheiro³⁸. As autoridades alemãs obtiveram uma ampla informação das autoridades holandesas sobre suas atuações ilícitas, e decidirão detê-lo e acusá-lo pelo tráfico de drogas levado a cabo nos Países Baixos. Em 1997 o Juizado de Primeira Instância de Aquisgrán (*Amtsgericht Aachen*) na Alemanha decalrou o Sr. Gözütok culpado e o condenou a uma pena de um ano e cinco meses de privação da liberdade, suspensa de forma condicional. Tanto o Sr. Gözütok como a promotora apresentaram recursos de apelação. O Tribunal de Apelação (*Landgericht Aachen*) sobreitou o processo inicial contra o Sr. Gözütok porque em conformidade, *inter alia* com o art. 54 do CAAS a decisão de arquivar definitivamente as diligências penais adotadas pelas autoridades holandesas vinculava as autoridades penais alemãs. Em um segundo recurso interposto pelo Ministério Público perante o Tribunal Superior Regional (*Oberlandesgericht Köln*), o Tribunal decidiu suspender o procedimento e submeter ao TJCE uma questão prejudicial com base no art. 35 do TUE.

O Sr. Brügge, um nacional alemão que viven na Alemanha, foi acusado pelas autoridades belgas de ter causado lesões dolosas à Sra. Lelaert na Bélgica, puníveis conforme o disposto em vários artigos do CP belga. O Sr. Brügge enfrentou uma investigação penal dupla, uma na Bélgica e outra na Alemanha. No processo penal belga, o Tribunal de Distrito (*Rechtbank van eerste aanleg te Veurne*) conhecia tanto os aspectos penais como civis do caso, devindo a que a Sra. Lelaerte, como parte civil, que resultou enferma em consequência das lesões e com incapacidade laboral, solicitou uma indenização dos prejuízos económicos e morais sofridos. No curso das diligências de investigação praticadas em relação aos

³⁸ Diretiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa a prevenção da utilização do sistema financeiro para lavagem de dinheiro *Diário Oficial* n.º L 166 de 28/06/1991 p. 0077 - 0083

fatos pelos quais foi citado perante o Tribunal do Distrito de Veurne na Bélgica, o Ministério Público de Bonn (*Staatsanwaltschaft Bonn*) na Alemanha propôs ao Sr. Brügge um acordo amistoso consistente no pagamento de um importe de 1.000 DEM, de acordo com o parágrafo 153a, em relação com o parágrafo 153, apartado 1, segunda frase, do Código de Processo Penal alemão. O Tribunal do Distrito de Veurne decidiu suspender o procedimento e submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial com base no art. 35 do TUE.

4.2. Fundamento jurídico e questões preliminares

No caso *Gözütok*, o Tribunal Supremo Regional alemão submeteu ao TUE a seguinte questão prejudicial: "Se produz para a República Federal da Alemanha o esgotamento da ação penal, com fundamento no art. 54 do CAAS, se, de conformidade com o Direito dos Países Baixos, a ação penal pelos mesmos fatos está esgotada no âmbito nacional? Se produz em concreto o esgotamento da ação penal quando uma decisão do ministério público que ordena o sobrestamento do procedimento, uma vez que tenham sido satisfeitas as condições impostas ("*transactie*" holandesa), exclui a persecução ante um tribunal holandês, enquanto que, segundo o Direito de outros Estados contratantes, dita decisão necessita de aprovação judicial?" No caso *Brügge*, o Tribunal de Distrito belga submeteu ao TUE a seguinte questão prejudicial: "Permite a aplicação do art. 54 do [CAAS] que o ministério público belga intime a um nacional alemão ante um tribunal penal belga e que seja julgado pelos mesmos fatos a respeito aos quais o ministério público alemão lhe ofereceu, mediante acordo amistoso, a suspensão do processo depois do pagamento de uma quantia, que foi paga

pelo acusado?". Dada a semelhança e a conexão das questões submetidas, se procedeu ao apensamento dos casos para efeito da sentença e foram examinados conjuntamente.

4.3. A opinião do Advogado-Geral Sr. Ruiz-Jarabo Colomer

O Advogado-Geral optou por uma interpretação estrita do art. 35 (1) do TUE que impediria que se desse qualquer opinião sobre a aplicação do princípio *ne bis in idem* a um caso pendente ante um tribunal nacional ou com relação à extinção da ação penal. Por esta razão o Advogado-Geral declarou que o TUE não há de levar em conta os termos em que o *Oberlandesgericht Köln* formula a primeira de suas perguntas, e reformulou todas as questões prejudiciais em duas questões interpretativas:

"1.º. A primeira consiste em saber se o princípio *ne bis in idem*, que enuncia o artigo 54 do Convênio, se aplica também quando em um dos Estados signatários a ação penal se extingue como consequência de uma decisão de suspensão, adotada pelo ministério público, depois que o culpado tenha cumprido as condições que lhe foram impostas. 2.º No caso de resposta positiva à pergunta anterior, o órgão jurisdicional alemão se pergunta se é necessário que essa decisão do ministério público seja aprovada por um juiz" (parágrafo 38)

O Advogado-Geral qualifica o artigo 54 como uma genuína expressão do princípio *ne bis in idem* em um processo dinâmico de integração europeia. Não é uma regra processual, mas uma garantia fundamental, baseada na segurança jurídica e na equidade, para pessoas que estão submetidas ao exercício do *ius puniendi*

em uma área comum de liberdade e justiça. Ele também opina que o princípio *ne bis in idem* não somente é aplicável no marco de um sistema jurídico particular de um Estado membro. Uma aplicação estrita do princípio de territorialidade nacional é incompatível com numerosas situações nas quais estão presentes elementos de extraterritorialidade e nas quais uma mesma conduta é suscetível de produzir efeitos jurídicos em diferentes partes do território da União. Por outro lado, o princípio *ne bis in idem* é também expressão da confiança recíproca dos Estados Membros em seus sistemas de justiça penal. A transação penal ao estilo da "*transactie*" holandesa não é de natureza contratual, mas uma expressão da justiça penal. Existe em muitos ordenamentos jurídicos nacionais, e é uma forma de administrar a justiça que garante os direitos do acusado e que desemboca na imposição de uma sanção. Na medida em que ficam garantidos os direitos do jurisdicionado resulta irrelevante que a decisão que extingue a ação penal seja aprovada por um juiz. Se produz um pronunciamento sobre os fatos em julgamento e sobre a culpabilidade do autor. Supõe a emissão de um juízo definitivo implícito sobre a conduta do acusado e a imposição de medidas de caráter sancionador. Sempre ficam a salvo os direitos das vítimas, a quem não se impede de exercer a ação civil e exigir a reparação. A juízo do Advogado-Geral a interpretação do que se há de entender por *res judicata* tal e como se contém na disposição do art. 54 não é homogênea nas versões de idiomas diferentes (juzgada en sentència firme, *rechtskräftig abgeurteilt, onherroepelijk vonnis, definitievement jugee, finally disposed*...). Os Estados membros não estão de acordo nesse ponto. França, Alemanha e Bélgica são favoráveis a uma interpretação restritiva limitada às resoluções jurisdicionais; Holanda e Itália, junto com a Comissão Europeia, mantêm uma interpretação mais ampla, que inclui também as decisões de arquivamento das diligências penais adotadas pelo ministério

público. O Advogado-Geral acentuou que os termos empregados em distintas versões não são homogêneos e que uma interpretação restritiva, limitada exclusivamente às resoluções judiciais, pode ter consequências absurdas que são contrárias à razão e à lógica. Das pessoas suspeitas do mesmo delito poderiam ver-se frente a uma aplicação diferente do princípio *ne bis in idem* se uma é absolvida por uma decisão com trânsito em julgado e outra aceita uma transação.

O Advogado-Geral concluiu: "o princípio *ne bis in idem* que enuncia o artigo 54 do Convenio de Aplicação do Acordo de Schengen, relativo à supressão gradual de controles de fronteira comuns, se aplica também quanto a ação penal pública se extingue no ordenamento jurídico de uma parte contratante como consequência da decisão adotada pelo ministério público, uma vez que o acusado tenha satisfeito determinadas condições, sendo irrelevante que tal pronunciamento deva ser aprovado por um juiz, sempre e quanto: 1º as condições impostas tenham caráter sancionador; 2º o acordo pressuponha um reconhecimento, expresso ou implícito, da culpabilidade e, por conseguinte, contenha um juízo, explícito ou tácito, de reprovabilidade sobre a conduta; e, 3º não cause prejuízo à vítima e aos demais prejudicados, eventualmente titulares de ações civis."

4.4. A fundamentação e a resposta interpretativa do Tribunal

O Tribunal de Justiça não apenas seguiu a reformulação das questões preliminares realizadas pelo Advogado-Geral, mas também subscreeveu seus argumentos principais. A extinção da ação pública se deve a uma decisão do Ministério Público, e este é parte da administração da justiça penal. O resultado do procedi-

mento sanciona o comportamento ilícito que se atribui ao acusado. A sanção é executada com a finalidade do art. 54, e fica excluída uma persecução adicional. O TJUE considerou que o princípio *ne bis in idem* é um princípio que tem um efeito próprio, com independência das questões de procedimento ou de forma, como a intervenção de um órgão jurisdicional. Na falta de uma indicação expressa contra o art. 54, o princípio *ne bis in idem* deve considerar-se suficiente para ser aplicado. A área de liberdade, segurança e justiça implica uma confiança mútua nos respectivos sistemas de justiça penal. A validade do princípio *ne bis in idem* não depende de uma harmonização adicional.

Não convencem ao TJUE os argumentos da Alemanha, Bélgica e França de que o teor literal e o esquema geral do art. 54, a relação entre o art. 54 e os arts. 55 e 58, a vontade das Partes contratantes e outros textos internacionais de objeto similar, se oponham a que o art. 54 se interprete no sentido de que possa aplicar-se aos procedimentos de extinção da ação pública nos quais não se preveja a intervenção de nenhum órgão jurisdicional. O TJUE não encontrou nenhum obstáculo nos arts. 55 e 58, e considerou irrelevante a vontade das Partes Contratantes, uma vez que é anterior à integração do acervo de Schengen no marco da EU. Em relação ao argumento do Governo belga sobre o possível prejuízo aos direitos das vítimas, o TJUE seguiu a opinião do Advogado-Geral, acentuando que a aplicação do princípio *ne bis in idem* não impede a vítima de exercer ações civis.

Por essa razão o TJUE se pronunciou no seguinte sentido:
 “o princípio *ne bis in idem*, consagrado no artigo 54 do CAAS, e aplica também a procedimentos de extinção da ação pública, como os controvertidos nos litígios principais, nos quais o ministério público de um Estado membro ordena o arquivamento, sem inter-

venção de um órgão, jurisdicional, de um processo penal em trâmite em dito Estado, uma vez que o imputado tenha cumprido determinadas obrigações e, em particular, tenha pago determinada quantia fixada pelo ministério público.”

5. Avaliação da sentença *Gözütok e Brügge* do TJUE ³⁴

Com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã em maio de 1999 a UE foi muito mais consciente da necessidade de dispor de um princípio *ne bis in idem* transnacional na área de liberdade, segurança e justiça. As disposições dos tratados internacionais relativos a este princípio eram muito diferentes e a sua aplicação nos Estados membros variava muito. O ponto 49 (e) do Plano de Ação do Conselho e da Comissão sobre a aplicação da área de liberdade, segurança e justiça³⁵ dispõe que nos cinco anos posteriores à entrada em vigor do Tratado se estabelecerão medidas “de coordenação das investigações penais e das diligências que estão em curso nos Estados membros para assim evitar as duplicidades e as decisões contraditórias, tendo em conta uma melhor utilização do princípio *ne bis in idem*”. No Programa de medidas destinado a por em prática o princípio de reconhecimento mútuo em matéria penal³⁶, o princípio *ne bis in idem* se inclui entre as prioridades imediatas da EU e se faz referência, entre outras questões, ao problema das transações. De fato havia ficado claro através da jurisprudência nacional que os juízes nacionais tinham problemas com a *transactie* “à moda holandesa” e a aplicação das disposições de

³⁴Outros comentários doutrinais podem ser vistos em Rubenstahl e Krämer, (4/2003) *European Law Reporter*, 177-185; Adomeit, (2003) NJW, 1162-1164; Fletcher, (2003) MLR, 769-780; Ploßkinger, 58 *Österreichische Juristenzeitung* (2003), 98-101; Thwaites, (2002) *Revue de Droit de l'Union Européenne*, 295-298; Vogel, “Europäisches ne bis in idem”, (2003) NJW, 1173.

³⁵D.O., 1999, C 19.

³⁶D.O., 2001, C 12.

Schengen sobre o *ne bis idem* transnacional. Entretanto as disposições relevantes de Schengen entraram e estão em vigor, mas já não como disposições em uma cena governamental, mas como disposições integradas nas disposições do terceiro pilar da área de liberdade, segurança e justiça. Isso significa que as Conclusões de Tampere do Conselho Europeu Especial³⁷ que definem o reconhecimento mútuo como a pedra angular da cooperação judicial em matéria penal também se aplicam às disposições anteriores Schengen.

O TJUE declara explicitamente que a área de liberdade, segurança e justiça implica a confiança mútua nos outros sistemas de justiça penal, e que a validade do princípio *ne bis in idem* não depende de harmonizações adicionais. O TJUE também considera que a vontade das Partes Contratantes de Schengen já não tem nenhum valor, dado que é prévia à integração do acervo Schengen à EU. Ainda que o CAAS estivesse fundamentalmente vinculado ao mercado interior e às quatro liberdades, era um instrumento intergovernamental.

Isso é por si só notável, considerado que foi rechaçada a proposta holandesa³⁸ no momento da concepção do art. 54 de incluir as transações "transactie". A vontade das Partes Contratantes de excluir estas transações do princípio *ne bis in idem* foi muito clara. Contudo, a integração das disposições Schengen à EU, baseada na decisão da CIG de Amsterdã e ratificada pelas autoridades nacionais, mudou não apenas no marco conceitual dessas disposições, mas também seu significado e efeito. Pode ser feito aqui um paralelismo com os princípios gerais de Direito comunitário no mercado

interior. A cooperação leal comunitária e a não-discriminação, por exemplo, tinham consequências para o significado e efeito de algumas disposições penais nacionais, com independência da vontade do poder legislativo nacional.

É típico de um ordenamento jurídico integrado como o da CE que o marco conceitual da integração europeia interfira com a soberania nacional, também no relativo aos aspectos da cooperação e transnacionais³⁹. O que ocorreu com a integração dos mercados da CE está se repetindo agora com a integração da justiça na UE. Os direitos e recursos do cidadão do mercado se transformam em direitos e recursos do cidadão da União. As decisões nacionais, incluídas as decisões penais, podem ter um amplo efeito UE em uma nova cena de territorialidade europeia. Isso faz também o processo de integração europeia tão diferente da dupla soberania dos EE.UU., onde o princípio constitucional *ne bis in idem* não impede a dupla persecução em vários Estados. Quando um acusado com um só ato viola a "paz e dignidade" de duas soberanias infringindo as leis de cada uma, cometeu, nos EE.UU, dois crimes distintos⁴⁰ com dois diferentes bens jurídicos. Na UE temos uma só área de liberdade, segurança e justiça e um ordenamento integrado no qual se deve dar efeito total aos critérios e normas fundamentais.

Não obstante, com a decisão comentada aqui o TJUE não resolveu todos os problemas que coloca o princípio *ne bis in idem*. Como foi dito acima, a interpretação do que é uma decisão com trânsito em julgado é somente um dos pontos do problema. O TJCE sinaliza no caso sobre o *ne bis in idem* que este "se aplica também a procedimentos de extinção da ação pública, pelos quais o ministério público de um Estado membro ordena o arquivamento, sem inter-

³⁷ Conclusões de Tampere, 15 e 16 de outubro de 1999, <http://ue.eu.int>.

³⁸ Como dispõe o art. 68(3) do Código penal holandês.

³⁹ Ver por exemplo o Caso 186/87, *Ian William Cowan v. Trésor public*, [1989] ECR 195.

⁴⁰ *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985).

venção de um órgão jurisdicional, de um processo penal em trâmite em dito Estado, uma vez que o imputado tenha cumprido determinadas obrigações e, em particular tenha pago determinada quantia fixada pelo ministério público", uma redação que é mais ampla que a formulação do Advogado-Geral que se referiu a que as condições impostas tenham caráter sancionador, que suponha um pronunciamento sobre a culpabilidade, e que não implique um prejuízo para as vítimas.

Para concretizar, se aplica o princípio *ne bis in idem* nos casos de acordos processuais, tais como *plea bargaining*, ou os acordos de imunidade total ou parcial por colaboração com a justiça? Em alguns países estes acordos podem conectar-se a uma transação com a forma de "transactie". Outro problema é a aplicação completa da regra de *ne bis in idem* se o primeiro processo teve por objeto subtrair a pessoa afetada da responsabilidade penal. Sob que condições se pode excluir a aplicação do *ne bis in idem* e, por quem?

Com a sentença *Gözütok e Brügge* sobre a mesa era previsível que sem a intervenção legislativa europeia, o TJUE iria receber outras questões prejudiciais sobre a interpretação do princípio *ne bis in idem*. Se podiam esperar questões prejudiciais tanto sobre o alcance do princípio como sobre a definição de *idem* e de *bis*. Sob essa luz, é importante sublinhar que um par de dias depois da sentença do TJCE no assunto *Gözütok e Brügge*, a Grécia apresentou uma proposta de decisão-quadro sobre o *ne bis in idem*⁴¹, com o objetivo de estabelecer normas jurídicas comuns em ordem a assegurar a uniformidade tanto na interpretação de tais normas como em sua aplicação prática. A decisão-quadro substituiria os arts. 54-58 do CAAS. A proposta define os delitos como delitos em sentido

⁴¹ Iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión-quadro do Conselho relativa a la aplicación do principio *ne bis in idem*, Diário Oficial de la Unión Europea 26.4.2003, C 100/24.

estrito e infrações administrativas castigadas com uma multa administrativa com a condição de que se possa recorrer perante um tribunal penal. As sentenças incluem também qualquer acordo por mediação extrajudicial em matéria penal, qualquer decisão que tenha *status de res iudicata* com relação a legislação nacional se considerará sentença transitada em julgado. O art. 4º prevê exceções ao princípio *ne bis in idem* caso os atos a que se refira a resolução judicial estrangeira constituam delitos contra a segurança ou contra outros interesses essenciais do referido Estado membro, ou tenham sido cometidas por um funcionário desse Estado membro contrariando suas obrigações oficiais. É uma boa iniciativa, mas seu âmbito de aplicação é demasiado estreito. De fato, excluir as sanções administrativas se não são apeláveis ante um tribunal penal é bastante absurdo, também à luz da jurisprudência do TEDH, incluindo ainda que encaixe com a tradição alemã do Direito penal administrativo (*Ordnungswidrigkeiten*). O projeto também contém exceções demasiadas à norma do *ne bis in idem*. Finalmente, o projeto não abora a aplicação a pessoas jurídicas. As discussões no Conselho estão em curso, mas são bastante difíceis em vários pontos, incluídas as questões colocadas no caso *Gözütok e Brügge*. O projeto foi discutido no Conselho de Ministros, mas a multiplicidade de pontos divergentes entre os Estados membros evidenciou rapidamente a inviabilidade de uma solução legislativa. Mais uma vez, correspondeu ao Tribunal Europeu de Justiça preencher o vazio jurídico pela via pretoriana.

6. O dilúvio de questões preliminares sobre o *ne bis in idem*

Depois da sentença *Gözütok y Brügge* o TJUE tem sido demandado, freqüentemente, a interpretar o art. 54 do CAAS. As perguntas formuladas tem versado sobre aspectos bem diferentes.

Até mesmo em algum caso a questão foi formulada pelo Tribunal Supremo nacional. Analisemos os aspectos mais importantes das questões colocadas.

6.1. *Ne bis in idem* e sentença transitada em julgado

6.1.1. Sentença C-469/03, *Miraglia*: deve haver um julgamento sobre a questão de fundo

No marco de uma investigação comum entre as autoridades italianas e holandesas, *Miraglia* foi detido na Itália no ano 2001. Imputava-se-lhe haver organizado o transporte dos Países Baixos até Bolonha de 20 quilos de heroína. Em 2002 o tribunal de Bolonha revogou todas medidas cautelares. Paralelamente, as autoridades judiciais holandesas levaram à cabo uma investigação judicial penal contra *Miraglia* pelos mesmos fatos. Em 2001 a promotória holandesa decidiu não ajuizar a ação penal contra o imputado. Dos autos se depreende que essa decisão foi adotada porque na Itália haviam se iniciado atos penais pelos mesmos fatos. Isso é, a decisão da promotória holandesa resolveria um conflito positivo de jurisdição em favor da jurisdição italiana.

A promotória de Bolonha solicitou depois assistência judicial em matéria penal. A solicitação foi denegada pela promotória de Amsterdã, baseando-se na reserva formulada pelos Países Baixos ao art. 2º (b) do Convênio Europeu de Assistência Judicial, já que a Holanda havia decidido “arquivar o caso sem impor nenhuma pena”. As autoridades judiciais holandesas acrescentaram que o art. 54 do CAAS se opunha a qualquer solicitação de assistência judicial.

A mencionada reserva da Holanda está assim formulada: “O Governo do Reino dos Países Baixos se reserva a faculdade de não dar curso a uma solicitação de assistência judicial: (b) na medida em que se refira a um processo ou procedimento incompatível com o princípio ‘*non bis in idem*’”.

Ademais o art. 255 do Código Penal holandês prevê em sua primeira parte: “Depois de uma suspensão favorável ao acusado (...) já não se poderá agir penalmente contra o acusado pelos mesmos fatos, a menos que surjam novos elementos de culpa.”

O Tribunal de Bolonha decidiu suspender o procedimento e colocar ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial: “Há de aplicar-se o art. 54 do CAAS no caso em que a decisão judicial adotada no primeiro Estado seja de suspensão da ação penal sem juízo algum quanto à questão de fundo e se baseie no pressuposto único de que já está em seguimento um procedimento em outro Estado?”

Segundo o TJUE a decisão da promotória holandesa não pode considerar-se uma decisão transitada em julgado que julgue essa pessoa no sentido do art. 54 do CAAS, pois foi tomada somente por razão que se havia iniciado uma persecução penal contra o mesmo acusado e pelos mesmos fatos, e sem que se tenha efetuado apreciação alguma quanto à questão de fundo.

Está claro que o TJUE exige uma valoração de fundo para outorgar a qualificação de decisão com trânsito em julgado a uma decisão da promotória. Nesse caso o TJUE poderia ter sido mais firme. De fato, não se trata de uma suspensão clássica da ação penal, mas de uma decisão que resolve um conflito positivo de jurisdição. Poderia ter utilizado o caso para elaborar obrigações a respeito, tanto sobre a resolução do conflito como sobre as obrigações de assistência mútua.

6.1.2. Sentença C-150/05, Van Straaten: sentença absolutória por falta de provas

Van Straaten foi perseguido penalmente na Holanda, em primeiro lugar, por ter importado da Itália para a Holanda uma quantidade de aproximadamente 5 quilos de heroína e, em segundo lugar, por manter em depósito na Holanda aproximadamente um quilo de heroína e, em terceiro lugar, por posse de armas de fogo e munições. Van Straaten foi absolvido em 1983 das primeiras acusações pelo tribunal de 's-Hertogenbosch (*Arrondissementsrechtbank te 's-Hertogenbosch*), por considerar que este fato não havia sido demonstrado de modo legal e convincente, em outras palavras, por falta de provas e respeitando o princípio *in dubio pro reo*. No entanto, van Straaten foi processado na Itália, junto com outras pessoas, por haver exportado aos Países Baixos em várias ocasiões uma quantidade de 5 quilos de heroína, mediante sentença publicada à revelia em 1999 por um Tribunal de Milão. Com base nessa sentença e em uma ordem de detenção da promotora de Milão de 2002, as autoridades judiciais italianas introduziram nesse ano uma descrição no Sistema de Informação de Schengen (SIS), para a detenção de van Straaten e sua ulterior extradição. Os Países Baixos acresceram à descrição SIS uma reserva, conforme o item 95 (3) do CAAS, de modo que a detenção não poderia ser levada a cabo em seu território. Van Straaten foi informado da descrição SIS em 2003 e solicitou à polícia holandesa a sua supressão, o que foi denegado pela polícia holandesa por não ser a autoridade informadora. Em aplicação do art. 111 CAAS um juiz holandês foi requerido para conhecer do caso. A Itália estava obrigada a executar a resolução transitada em julgamento do juiz holandês, mas este tinha dúvidas sobre a interpretação do art. 54 do CAAS, tanto em relação a definição de *idem* quanto aos efeitos da absolvição por falta de provas em relação ao *ne bis in idem*.

Para a definição do *idem* faço remissão ao ponto 6.2. (*cf. infra*). Quanto à segunda questão, o juiz holandês pergunta se o princípio *ne bis in idem* é aplicável a uma resolução das autoridades judiciais de um Estado contratante na qual se absolve um acusado por falta de provas. O TJUE responde de maneira afirmativa, fazendo referência aos princípios de segurança jurídica e de confiança legítima e ao direito à livre circulação no espaço de liberdade, segurança e justiça.

6.2. A definição de *idem* e os critérios de decisão: sentenças Van Esbroeck C-436/04, Van Straaten (C-150-05), Gasparini (C-467/04), Kretzinger (C-288/05) y Kraaijenbrink (C-367-05)

O TJUE teve que responder a muitas questões relativas à definição do *idem*. O primeiro caso foi o de *van Esbroeck*. Van Esbroeck, cidadão belga, foi condenado por um tribunal na Noruega quando ainda não havia entrado em vigor nesse país o acervo de Schengen, como autor de um delito de importação ilegal de drogas. Uma vez cumprida a metade da pena foi posto em liberdade condicional e regressou à Bélgica, onde foi acusado de haver exportado as substâncias à Noruega. Se tratava do mesmo transporte de droga nos dois casos. Foi apresentada uma petição de decisão prejudicial por parte do tribunal Supremo belga: Se pode aplicar o art. 54 do Convênio CAAS quando uma pessoa é processada pela segunda vez pelos mesmos fatos se a primeira condenação teve lugar em um Estado membro quando ainda não vigorava tal preceito? O TJUE afirma a possibilidade de aplicar o princípio *ne bis in idem* sempre que este esteja em vigor nos Estados contratantes no momento de apreciar os requisitos de aplicação de dito princípio pela instância que conhece do segundo procedimento. Se poderia dizer, pois, que o

TJUE opta pela aplicação *ex nunc* e não *ex tunc*. Mais importante é a resposta do TJUE sobre o *idem*. Se inclina claramente por um critério de *idem factum*: "o critério pertinente a efeitos da aplicação do art. 54 do CAAS está constituído pelo da identidade de fatos materiais, entendido como a existência de um conjunto de fatos indissolivelmente ligados entre si, com independência de sua qualificação jurídica ou do interesse jurídico protegido." Os fatos puníveis consistentes na exportação e importação das mesmas drogas e perseguidos em diferentes Estados contratantes do CAAS devem, pois, considerar-se, em princípio, como os mesmos fatos. No entanto, o TJUE sublinha que a apreciação definitiva em concreto corresponde às instâncias nacionais competentes.

A decisão pelo *idem factum* em lugar del *idem iure* (a qualificação jurídica ou os bens tutelados) foi colocada em dúvida pela advogada geral Eleanor Sharpston no caso *Gasparini*. Os acionistas e administradores da sociedade Minerva acordaram em introduzir através do porto de Setúbal (Portugal) azeite de oliva não refinado, procedente de Túnis e Turquia, sem a necessária declaração nas aduanas e simulando um sistema de faturação falsa para tentar mostrar que o azeite procedia da Suíça. A mercadoria foi posteriormente transportada em camiões de Setúbal a Málaga, na Espanha. Houve em Portugal uma ação por fraude comunitária, com absolvição por prescrição e posteriormente uma ação na Espanha por contrabando.

A advogada geral Sharpston, com ampla experiência em matéria comunitária, incluído o âmbito da livre concorrência, formula duas zonas de fricção na jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao princípio *ne bis in idem*. Ela critica o TJUE por tentar-se em aplicar o princípio *ne bis in idem* quando exista "identidade de fatos materiais" e não exigindo a "unidade de interesse

jurídico protegido". A segunda crítica é muito mais fundamental e interessante. A advogada geral insiste em uma aplicação coerente do *ne bis in idem* (no direito comunitário e no direito do terceiro pilar) sublinhando que o TJUE exige, para que o *ne bis in idem* seja aplicável, um triplo requisito de "identidade de fatos, unidade de infrator e unidade de interesse jurídico protegido."

No entanto, o TJUE não muda de opinião e reafirma, no caso *Kretzinger* o critério do *idem factum* elaborado no caso *Van Esbroeck*. Kretzinger transportou em um par de ocasiões em camião desde a Grécia até a Grã-Bretanha, através da Itália e Alemanha, cigarros procedentes de países não-membros da EU, obviamente sem nenhuma declaração em aduanas. Kretzinger foi condenado pelo primeiro e pelo segundo transportes tanto por um tribunal na Itália (sentença à revelia) como por um tribunal na Alemanha. O tribunal alemão considerou que ainda não haviam sido executadas as condenações definitivas pronunciadas na Itália e que, por isso, não existia nenhum obstáculo processual em virtude do art. 54 do CAAS. Sobre a definição de *idem*, o TJUE indica claramente que "o critério pertinente a efeitos da aplicação [do art. 54 do CAAS] está constituído pelo de identidade de fatos materiais, entendida como existência de um conjunto de fatos indissolivelmente ligados entre si, com independência de sua qualificação jurídica ou do interesse jurídico protegido."

Também na sentença *Kraaijenbrink* se trata da definição do *idem*. A Sra. Kraaijenbrink foi condenada na Holanda por vários delitos de recepção de quantias de dinheiro procedente do tráfico de drogas. Por outro lado, um tribunal de Gante, na Bélgica, condenou-a pelos mesmos fatos mas qualificados juridicamente como transações monetárias efetuadas na Bélgica com esse dinheiro. O TJUE reafirma a definição do *idem* do caso *van Esbroeck* e

sublinha que o mero fato de que o órgão judicial nacional competente comprove que os fatos em questão estão relacionados entre si por uma mesma intenção criminal não é em si decisivo para a definição do *idem*. No entanto, a norma do art. 54 do CAAS é uma norma de mínimos. Os Estados tem liberdade para garantir uma proteção mais ampla.

Está claro que TJUE não busca uma unidade jurisprudencial entre o direito comunitário e o direito do terceiro pilar neste contexto, mas um critério consistente que garanta a livre circulação das pessoas no espaço de liberdade, segurança e justiça e o respeito aos direitos humanos. Scharpston, que foi advogada geral também nos casos *Kretzinger* e *Kraaijenbrink*, não insistiu mais sobre a coerência entre o direito comunitário e o direito do terceiro pilar e retornou ao critério do *idem factum* de *van Esbroeck*, tal como foi confirmado pelo TJUE.

6.3. Se pode considerar uma absolvição por prescrição como um *idem*: *Gasparini* (C-467/04)?

No caso *Gasparini* o TJUE se mostra muito consciente das diferenças essenciais entre os direitos processuais dos Estados membros. É verdade, diz o TJUE, que a legislação dos Estados em matéria de prazos de prescrição não foi harmonizada. Não obstante, nem o tratado, nem o art. 54 do CAAS subordinam a aplicação do *ne bis in idem* ao requisito de que se harmonizem as legislações dos Estados. O TJUE indica que é preciso adicionar que o princípio *ne bis in idem* implica necessariamente a existência de uma confiança mútua entre os Estados. Por esses motivos o TJUE declara aplicável o princípio *ne bis in idem* do art. 54 do CAAS à resolução de um tribunal de um Estado contratante, ditada depois de haver

sido exercitada a correspondente ação penal, em virtude da qual se absolve definitivamente a um acusado por haver prescrito o delito que deu lugar à imposição de diligências penais.

Esta sentença é, de certo modo, surpreendente. De fato, não se trata aqui de uma sentença absolutória depois de um juízo de fundo. Se trata em realidade de um motivo processual de não persecução. Nesse sentido, teria sido mais lógico fazer referência ao conteúdo do princípio *ne bis in idem*. Tradicionalmente se faz uma distinção entre *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (ninguém pode ser submetido a mais de um processo pelo mesmo delito) e *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (ninguém pode ser castigado duas vezes pelo mesmo delito). Un *ne bis in idem* aplicável à prescrição da ação penal põe em relevo muito mais do *ne bis vexari* que do *ne bis puniri*. É surpreendente que nem o advogado geral, nem o Tribunal, tenham estudado se o *ne bis in idem* do art. 54 do CAAS inclui também o *ne bis in idem vexari*. Limitaram-se a tratar do aspecto da prescrição da ação penal no marco de uma sentença considerada como *idem factum*. Em minha opinião, é uma via errônea.

6.4. Sentença transitada em julgado e execução da sanção: *Kretzinger* (C-288/05)

Se entende que uma pena foi executada ou se está executando se a pena privativa de liberdade foi suspensa condicionalmente? E o que acontece se o acusado permaneceu em prisão preventiva ou provisória? Também se pode considerar como execução da sentença? O caso *Kretzinger* foi importante, uma vez que a Alemanha considerou que a Itália havia suspenso a pena privativa de liberdade e não havia feito nada para fazer com que fosse detido

e entrega o condenado revel. O TJUE considera que a sanção imposta por um tribunal de um Estado contratante “foi executada” ou “se está executando” quando, na aplicação do direito de dito Estado contratante, tenha sido condenado o culpado a uma pena privativa de liberdade cuja execução tenha sido suspensa. No entanto, não se deve considerar que a sanção imposta “foi executada” ou “se está executando” quando o culpado tenha permanecido por breve tempo em prisão preventiva e quando, segundo o direito do Estado da condenação, o tempo de tal privação de liberdade deva computar-se para os efeitos da posterior execução da pena privativa de liberdade, visto que se trata de uma detenção que se produz em um momento anterior ao pronunciamento da sentença.

7. Conclusão

Com a rápida elaboração de instrumentos jurídicos no campo JAI, tanto pra reforçar a eficácia da justiça penal no território europeu (a ordem europeia de detenção e entrega, a ordem europeia de embargo, asseguramento de provas, a ordem europeia de arresto, a ordem europeia sobre a rogatória de obtenção de provas, a ordem europeia sobre a execução de sanções e os projetos de ordem europeia sobre a mesa), como para incrementar a proteção jurídicas dos cidadãos (a decisão-quadro para a proteção das vítimas do delito, a decisão-quadro sobre a proteção da vida privada no terceiro pilar e o projeto de decisão-quadro sobre garantias processuais para suspeitos e acusados em processos penais na União Europeia), fica claro que o TJUE vai ter muito trabalho no futuro próximo para estabelecer os princípios orientadores da justiça penal na área judicial europeia em matéria penal. O conjunto de sentenças sobre o *ne bis in idem* é simplesmente o começo do impor-

tante papel do TJUE na área da justiça penal europeia. Também sublinha a importante interação entre os tribunais nacionais e o TJUE na elaboração dos princípios gerais de direito da União. Por esse motivo, é importante que todos os Estados contratantes reconhecem a jurisdição do TJUE para interpretar o direito do terceiro pilar e que não o limitem (como a Espanha) aos tribunais de última instância. Também é importante que não haja *opting outs* a respeito disso.

A elaboração pretoriana do *ne bis in idem* ilustra também que existe uma necessidade real de ratificar o projeto de Tratado de Reforma, incluída a Carta de Direitos Fundamentais (CDF)¹², como texto vinculante. A CDF se refere a CEDH como norma mínima e de acordo com o projeto de Tratado de Reforma a UE também poderia ser parte do CEDH. O âmbito do art. 50 da CDF¹³ relativo ao *ne bis in idem* é totalmente transnacional na EU, mas seu âmbito de aplicação decepciona devida ao teor literal do texto: “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.” Insistindo em excesso nos processos penais, esse texto não está nem sequer na linha da jurisprudência atual do TEDH. Além disso, a disposição parece aludir somente a sentença transitadas em julgado.

Em um espaço comum de liberdade, segurança e justiça baseado na confiança mútua é necessário elaborar critérios objetivos para resolver conflitos positivos de jurisdição e para evitar ao

¹² Feito em Nice em 7 de dezembro de 2000, mas não vinculante juridicamente.

¹³ Conselho da União Europeia, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Explicação relativa ao texto completo da Carta, dezembro de 2000, disponível em inglês em http://ue.eu.int/dl/docs/en/EN_2001_1023.pdf

máximo possível situações de *ne bis in idem*. Por esse motivo a Comissão Europeia elaborou um Livro Verde sobre os conflitos de jurisdição e o princípio *ne bis in idem* nos procedimentos penais⁴⁴. A Comissão Europeia insiste na relação entre conflitos de jurisdição e *ne bis in idem*. Sem regras objetivas sobre conflitos positivos de jurisdição o *ne bis in idem* tem uma consequência perversa: quem exerce primeiro a jurisdição tem preferência. O *ne bis in idem* não perde seu valor, mas somente em situações não cobertas e não resolvidas pelos critérios de resolução dos conflitos de jurisdição. Por esse motivo o Livro Verde propõe a elaboração de uma decisão-quadro, baseada no artigo 31 do TUE, que substitua os artigos 54-58 do CAAS. No entanto, a Comissão quer limitar-se a uma definição geral, deixando bastante espaço ao TJUE para desenvolver o princípio. Ademais é necessário elaborar um enfoque horizontal sobre o *ne bis in idem* nos instrumentos sobre o reconhecimento mútuo (as euro-ordens). Atualmente o *ne bis in idem* é um motivo de não-execução obrigatória ou facultativa, segundo o instrumento. Teria que ser um motivo de não-execução obrigatória em todos os instrumentos, baseado na definição comum da decisão-quadro. Quanto ao conteúdo do princípio, a Comissão se baseia, fundamentalmente, na jurisprudência elaborada pelo TJUE. Tendo em conta as consultas sobre o Livro Verde e as discussões com especialistas, a Comissão Europeia considera politicamente inviável, no momento, a elaboração de uma decisão-quadro sobre a matéria.

Com a falta de acordo entre os especialistas dos Ministérios da Justiça contrasta que os especialistas acadêmicos tenham sido capazes de chegar a um acordo. O Instituto Max Planck de Direito penal estrangeiro e internacional criou um grupo de espe-

cialistas para elaborar a denominada Proposta de Priburgo sobre as Jurisdições Concorrentes e a Proibição das Perseguições Múltiplas na UE⁴⁵. O texto de 2003 se refere à prevenção das perseguições múltiplas a nível internacional mediante a imposição de regras de *forum/jurisdição*, a aplicação do *ne bis in idem* transnacional e, finalmente, como rede de segurança, a aplicação do princípio de “compensação”, explicado anteriormente. Quanto ao tema do *ne bis in idem* transnacional, propõe um direito *ne bis in idem factum* para as pessoas físicas e jurídicas. O princípio *ne bis in idem* deveria aplicar-se a todos os procedimentos e sanções punitivas, quer tenham natureza administrativa ou penal, quer sejam nacionais ou europeus. O texto propõe usar a expressão “tenha sido arquivado de forma definitiva (*“finally disposed of”*) em lugar de “tenha sido absolvido ou condenado por sentença transitada em julgado” (*“finally acquitted or convicted”*). Essa terminologia inclui toda decisão adotada pelas autoridades de persecução que ponha fim aos procedimentos, de maneira que somente seja possível a reabertura do caso em circunstâncias excepcionais. Isso significa, por exemplo, que os acordos extrajudiciais alemães e holandeses (*Einstellung gegen Auflagen, transactie*) e as *ordonnance de non-lieu motivée en fait* francesas se encontram incluídos na definição do *ne bis in idem*. Essa proposta proporciona um jogo excelente de disposições *de lege lata*, tanto para o legislador como para o juiz, tanto a nível europeu como nacional.

Até agora o TJUE elaborou um *ius commune* do *ne bis in idem* considerando-o um direito fundamental transnacional no espaço de liberdade, segurança e justiça. O *ne bis in idem* deixou

⁴⁴ COM (2005) 686 final e Commission Staf working document SEC (2005) 1767. Ver M. Wasemler & N. Thwaites, the development of *ne bis in idem* into a transnational fundamental right in EU law comments on recent developments, European Law Review, 2006, 565-578.

⁴⁵ <http://www.uscrrn.mcg.de/forsch/straftprojekte/nebisindem.html>. Ver também A. Eser & C. Burchard, Interlokales *ne bis in idem* in Europa? Von westfälischem Souveränitätsdenken zu europäischem Gemeinschaftsdenken, in H.-J. Derra (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit und Recht. Festschrift für Jürgen Meyer, Nomos, 2006, 499-524.

de ser um princípio do soberano ou do Estado estritamente relacionado com seu território e seu *us puniendi*, a um direito humano do cidadão europeu em um espaço judicial comum. Resta aberta a questão relacionada com a necessidade de resolver conflitos de jurisdição em um espaço comum que se caracteriza por uma atividade transfronteiriça muito crescente. Será necessário elaborar critérios de eleição da jurisdição e outorgar a Eurojust ou a um futuro Ministério Público Europeu a competência de coordenação e de decisão em matéria de conflitos de jurisdição penal.

COOPERAÇÃO JURÍDICA PENAL NA EUROPA¹

Kai Ambos²

Conselho da Europa

1. Generalidades

Sob o pálio do Conselho da Europa foram publicados vários acordos (ver abaixo) de direito processual (penal) no âmbito conjunto da cooperação jurídica — extradição, execução e pequena cooperação³. De especial significado aqui é a extradição e, como seu diploma jurídico básico o Tratado Europeu sobre Extradição de 1957.⁴ A “extradição” ocorre em casos, nos quais um Estado — o

¹ Tradução parcial da primeira edição de Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht. München (C.H. Beck), 2006. A segunda edição foi publicada, na Alemanha, em 2008. Tradução do original em alemão: José Paulo Baltazar Junior.

² Prof. Dr. Kai Ambos, Coordenador da Divisão de Direito Penal Estrangeiro e Internacional da Georg August Universität Göttingen; Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional; Juiz do Tribunal de Justiça de Göttingen.

³ Comparar *Hackner et al.*, nm 2; *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, Heidelberg (Springer), 2ª ed. 2007, § 2, nm 64, sobre a problemática do equilíbrio entre eficiência e proteção de direitos individuais no âmbito de ajuda jurídica, em exame detalhado, *Gleis/Spencer*, *StV* 2006, 269 com uma vista geral da situação em *OLG Köln* StV 2006, 229.

⁴ *Weigend*, *JUS* 2000, 106.