

Processo C-164/22**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

4 de março de 2022

Órgão jurisdicional de reenvio:

Audiencia Nacional (Espanha) (Audiência Nacional, Espanha)

Data da decisão de reenvio:

2 de março de 2022

Arguido:

Juan

Objeto do processo principal

Mandado de detenção europeu — Entrega de um cidadão espanhol às autoridades judiciais portuguesas para cumprimento de uma pena de prisão — Recusa de entrega — Cumprimento da pena em Espanha

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Artigo 267.º TFUE — Pedido de decisão prejudicial — Princípio *non bis in idem* — Conceito de «mesmos factos» — Apreciação pelo tribunal — Reconhecimento de decisões condenatórias proferidas noutros Estados-Membros da União — Cúmulo jurídico das penas — Proporcionalidade — Compatibilidade da legislação espanhola com o princípio do reconhecimento mútuo e com vários atos normativos da União

Questões prejudiciais

1ª No caso dos autos, verifica-se uma situação de «*bis in idem*» prevista no artigo 50.º da CDFUE [Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia] e no artigo 54.º da CAAS [Convenção de aplicação do Acordo de Schengen], por se estar perante os mesmos factos, de acordo com a interpretação que a jurisprudência europeia tem feito deste conceito, ou, pelo contrário, essa

apreciação deve ser feita por este tribunal, em conformidade com os princípios referidos na presente decisão, por se tratar de um único crime continuado, incluindo o princípio da necessidade de cúmulo jurídico das penas e de estabelecer um limite máximo da pena de acordo com critérios de proporcionalidade?

2.º Se se entender que não existe uma situação de «*bis in idem*», por não existir plena identidade de factos, de acordo com os critérios expostos nesta decisão:

A) Face às circunstâncias do caso, os limites para a produção de efeitos das decisões de outros Estados da UE expressamente previstos no artigo 14.º, n.º 2 da Ley Orgánica 7/2014 de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, de transposición de la normativa europea [Lei Orgânica 7/2014 de 12 de novembro, Relativa ao Intercâmbio de Informações Extraídas do Registo Criminal e à Tomada em Consideração das Decisões de Condenação na União Europeia, que transpõe a normativa europeia], são compatíveis com a Decisão-Quadro 2008/675/JAI do Conselho, de 24 de julho de 2008, relativa à tomada em consideração das decisões de condenação nos Estados-Membros da União Europeia por ocasião de um novo procedimento penal, com os artigos 45.º e 49.º, n.º 3, da CDFUE e com o princípio do reconhecimento mútuo de decisões judiciais no âmbito da UE?

B) A inexistência de um procedimento ou de um mecanismo no direito espanhol que permita o reconhecimento de sentenças estrangeiras europeias, o cúmulo jurídico e a adaptação ou a limitação de penas, de modo a garantir a sua proporcionalidade, no caso de uma sentença estrangeira dever ser cumprida em Espanha, relativa a factos que estão numa relação de continuidade ou de conexão criminosa com outros tribunais em Espanha e relativamente aos quais também exista uma decisão condenatória, é contrária aos artigos 45.º e 49.º, n.º 3, da CDFUE, conjugados com o artigo 4.º, n.º 6, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI de 13 de junho de 2002, e com os artigos 8.º, n.º 1, e 2.º da Decisão-Quadro 2008/909/JAI do Conselho de 27 de novembro de 2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade para efeitos da execução dessas sentenças na União Europeia, e, em geral, ao princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais no interior da UE?

Disposições de direito da União invocadas

- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigos 45.º, 49.º, n.º 3, e 50.º
- Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, artigo 54.º
- Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, artigos 3.º, n.º 2, e 4.º, n.º 6.

- Decisão-Quadro 2008/675/JAI do Conselho, de 24 de julho de 2008, relativa à tomada em consideração das decisões de condenação nos Estados-Membros da União Europeia por ocasião de um novo procedimento penal.
- Decisão-Quadro 2008/909/JAI do Conselho, de 27 de novembro de 2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade para efeitos da execução dessas sentenças na União Europeia, artigos 8.º, n.ºs 1 e 2, e 9.º, n.º 1, alínea c).
- Acórdãos do Tribunal de Justiça de 9 de março de 2006, Van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165), de 28 de setembro de 2006, Gasparini e o. (C-467/04, EU:C:2006:610), e de 16 de novembro de 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683).

Disposições de direito nacional invocadas

- Código Penal, artigos 74.º, n.º 2, e 76.º
- Ley de Enjuiciamiento Criminal [Lei de Processo Penal], artigos 17.º e 988.º, terceiro parágrafo.
- Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea [Lei Orgânica 7/2014, de 12 de novembro, relativa ao intercâmbio de informações de antecedentes penais e à consideração das decisões judiciais penais na União Europeia], artigo 14.º, n.º 2, alínea c).
- Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea [Lei 23/2014, de 20 de novembro, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões em matéria penal na União Europeia], artigos 48.º, 85.º, n.º 1, alínea c) e 91.º

Breve exposição dos factos e do processo principal

- 1 O Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, Juízo Central Criminal de Lisboa – Juiz 16 – (Portugal) emitiu um mandado de detenção Europeu (a seguir «MDE»), com vista à detenção e à entrega do cidadão espanhol Juan por ter sido condenado pelo referido tribunal, por Decisão de 20 de janeiro de 2020, numa pena de seis anos e seis meses de prisão pela prática de um crime de burla qualificada, prevista e punida pelos artigos 217.º, n.º 1, e 218.º, n.º 2, alíneas a) e b), do Código Penal português, por factos praticados no ano de 2005.

- 2 Juan está atualmente preso em Espanha em cumprimento da pena a que foi condenado por Acórdão de 13 de julho de 2018 da Sección 1.ª da Sala de lo Penal da Audiencia Nacional (com sede em Madrid), revogado parcialmente por Acórdão da Sala Segunda do Tribunal Supremo de 4 de março de 2020, no processo conhecido como caso Fórum Filatélico.
- 3 Tendo dado início ao processo de execução do MDE contra Juan, o Juzgado Central de Instrucción n.º 1 da Audiencia Nacional proferiu Despacho com data de 20 de dezembro de 2020, que recusou a execução do MDE por se tratar de um cidadão de nacionalidade espanhola. Não obstante, o referido tribunal decidiu que a pena de seis anos e seis meses de prisão aplicada em Portugal seria cumprida em Espanha.
- 4 Juan interpôs recurso da decisão do Juzgado Central de Instrucción n.º 1 da Audiencia Nacional para a Sala de lo Penal da Audiencia Nacional.

Argumentos principais das partes no processo principal

- 5 Juan alega que os factos constantes do Acórdão proferido pela Sección 1ª de la Sala de lo Penal da Audiencia Nacional, de 13 de julho de 2018, no caso Fórum Filatélico são os mesmos pelos quais foi julgado em Portugal, pelo que, deduz a exceção de caso julgado prevista no artigo 48.º, n.º 1, alínea c) da Lei n.º 23/2014, em conexão com o artigo 3.º, n.º 2, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI.
- 6 Argumenta com a abundante jurisprudência do TJUE no que respeita ao princípio internacional *non bis in idem*, particularmente o Acórdão de 9 de março de 2006, Van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165), nos termos do qual a questão deve ser analisada do ponto de vista fáctico e não da qualificação jurídica. Alega que a jurisprudência do TJUE tem vindo a elaborar um conceito próprio do conceito de «mesmos factos», no sentido de se referir a uma «identidade dos factos materiais [...] entendido[s] como a existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si».
- 7 O Ministerio Fiscal (Ministério Público) entende que não se verifica a exceção de caso julgado, por não se tratar dos mesmos factos. Os factos praticados em Espanha reportam-se às vítimas que constavam da lista anexa ao acórdão, enquanto que o acórdão português se refere a factos ocorridos em Portugal e dizem respeito a outras vítimas.
- 8 O Ministerio Fiscal (Ministério Público) invoca jurisprudência no sentido de que não existe caso julgado neste tipo de situações, sem prejuízo de posteriormente se poder fazer o cúmulo jurídico das penas aplicadas, de acordo com o artigo 76.º do Código Penal ou com o princípio da proporcionalidade, estabelecendo-se como limite máximo da pena o que resultaria de um julgamento conjunto de todos os factos.

Breve exposição dos fundamentos do pedido de decisão prejudicial

- 9 O órgão jurisdicional de reenvio considera que os factos em que se fundamenta o acórdão condenatório espanhol e os factos em que se sustenta o acórdão condenatório português correspondem a um esquema de atuação semelhante (burla em pirâmide no âmbito da filatelia), mas ocorridos em lugares diferentes. O acórdão espanhol refere-se à atividade desenvolvida em Espanha, enquanto que o acórdão português se refere aos factos ocorridos em Portugal. As numerosas vítimas num e noutro caso são, por isso, diferentes. Num caso, eram clientes do Fórum Filatélico S. A., que operava em Espanha, e no outro do Fórum Iniciativas de Gestão, que era a sociedade filial da primeira e que operava em Portugal. A relação entre as duas sociedades e a atividade similar desenvolvida por ambas está exposta de maneira clara nos factos consignados no formulário do MDE remetido pela autoridade judicial portuguesa.
- 10 A condenação aplicada pelo acórdão espanhol baseia-se nos factos que Juan praticou a partir da sede de Madrid, na qualidade de responsável máximo do Grupo Fórum, através do Fórum Filatélico, S. A., em Espanha, embora também faça referência às suas filiais, incluindo o Fórum Iniciativas de Gestão. No entanto, o acórdão espanhol, quer nos factos quer na fundamentação jurídica, não se refere à sociedade portuguesa a não ser de modo episódico e tangencial. Do mesmo modo, o acórdão condenatório português apenas se refere de modo tangencial ao esquema desenvolvido fora de Portugal, centrando-se na atividade do Fórum Filatélico Iniciativas de Gestão exclusivamente em território português.
- 11 A primeira questão que se coloca é se o princípio *non bis in idem* se aplica ao caso presente. A questão deve ser analisada do ponto de vista factual e não do ponto de vista da qualificação jurídica, pois, de outro modo, seriam criados tantos obstáculos à livre circulação de cidadãos no espaço Schengen quantos fossem os sistemas penais dos Estados contratantes. Além disso, cumpre assinalar que, quer no acórdão português quer no espanhol, em termos jurídicos e no essencial, os factos foram qualificados do mesmo modo.
- 12 A jurisprudência do TJUE utiliza um conceito próprio de «mesmos factos». Este conceito refere-se à identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de factos ou circunstâncias factuais indissociavelmente ligadas entre si, independentemente da sua qualificação jurídica ou do bem jurídico protegido (Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de março de 2006, Van Esbroeck, C-436/04, EU:C:2006:165). O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sufraga o mesmo entendimento no seu Acórdão proferido no processo Zolotoukhine c. Rússia, de 10 de fevereiro de 2009, entre outros.
- 13 Em Direito comparado existem, tradicionalmente, duas correntes interpretativas possíveis. Uma defende que «facto» se refere ao acontecimento histórico que ocorreu, desvinculado da sua qualificação jurídica (teoria naturalista – *idem factual*), aplicável, por exemplo, nos Direitos alemão e dinamarquês. Por outro lado, entender que se trata de uma expressão de conteúdo jurídico e que não se

refere ao facto natural histórico, mas sim ao seu enquadramento nalgum dos tipos penais existentes (teoria normativa – *idem* jurídico ou *idem* crime), parece ser o entendimento vigente na jurisprudência espanhola (por exemplo, Acórdãos do Tribunal Supremo 18/2016, de 26 de janeiro e 654/2020 de 2 de dezembro, entre outros).

- 14 O que distingue o caso dos autos é que o acórdão espanhol que condenou Juan é muito mais amplo e engloba muitos mais factos do que o português, uma vez que se refere à sociedade-mãe e é o primeiro dos processos investigados e julgados, embora tivesse transitado em julgado uns dias depois do português. Os factos estão numa relação jurídica de continuidade criminosa prevista no artigo 74.º do Código Penal espanhol (crime continuado). Não obstante, o acórdão espanhol só muito parcialmente tomou em consideração alguns factos praticados em Portugal através da filial portuguesa Forum Iniciativas de Gestão e que afetaram outros lesados, além de que em Portugal parece que a atividade desta sociedade continuou mesmo após a cessação da atividade do Fórum Filatélico em Espanha no seguimento da sua sujeição a intervenção judiciária em maio de 2006.
- 15 A jurisprudência do TJUE, no Acórdão de 16 de novembro de 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683), e noutros, deixa em grande medida ao critério dos tribunais dos Estados-Membros a questão de saber se, na realidade, existe identidade de factos. Em casos como o presente, a jurisprudência tradicional do Tribunal Supremo espanhol considera que não existe caso julgado. Contudo, segundo essa jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, tais casos requerem um tratamento jurídico pragmático e individualizado, aplicando-se critérios de adaptação da pena, o que algumas vezes é feito através do cúmulo jurídico das penas aplicadas, nos termos do artigo 76.º do Código Penal, e outras através da aplicação do princípio da proporcionalidade, estabelecendo como limite máximo da pena aplicável a pena resultante de um julgamento conjunto de todos os factos no caso de crime continuado (artigo 74.º do Código Penal).
- 16 De acordo com a jurisprudência espanhola, o presente caso não é uma verdadeira situação de identidade factual (*idem*), mas antes uma conjunção de factos englobáveis na figura jurídica do crime continuado nos termos do artigo 74.º do Código Penal, igualmente acolhida no artigo 79.º do Código Penal português, com a particularidade de, neste caso, o crime continuado abarcar a totalidade dos factos praticados tanto em Espanha como em Portugal, aos que se teria que aplicar uma pena única.
- 17 Nestes casos o problema reside no tratamento jurídico que se deve dar quando os factos não são julgados num único processo nem são objeto de uma única condenação nem de uma única pena. A jurisprudência espanhola advoga a necessidade de introduzir uma correção penológica que conduza à proporcionalidade na aplicação da pena legalmente prevista evitando, assim, os excessos que podem resultar da aplicação de uma pena dupla. Têm sido aplicados indiferentemente dois mecanismos para alcançar a proporcionalidade: descontar

na segunda sentença a pena aplicada na primeira ou evitar que as penas aplicadas nas sentenças superem, no seu todo, a moldura penal do crime.

- 18 No caso dos autos, foram levados a cabo dois processos penais separados que originaram duas sentenças de tribunais de diferentes Estados-Membros, relativamente a dois fragmentos de um único e mesmo crime continuado, aplicando-se a cada um deles a pena correspondente. Constatamos que nem a legislação espanhola nem a da União nem mesmo a jurisprudência indicam nestes casos qual o procedimento a seguir ou a via processual para estabelecer o limite máximo da pena aplicável, que deveria ser o que correspondesse ao julgamento conjunto de todos os factos que integram o crime continuado do artigo 74.º do Código Penal.
- 19 O artigo 988.º da Ley de Enjuiciamiento Criminal é o único preceito de direito espanhol que regula, em termos processuais, o cúmulo jurídico de duas ou mais sentenças condenatórias, estabelecendo um limite máximo de cumprimento da pena, embora apenas preveja a situação de cúmulo de condenações distintas relativas a factos claramente diferentes mas suscetíveis de terem sido julgados num único processo por serem factos conexos, aplicando o limite penológico do artigo 76.º do Código Penal. Contudo, como se explicará mais à frente, o artigo 14, n.º 2, alínea c) da Ley Orgánica 7/2014 de 12 de novembro, que transpõe para o direito espanhol a Decisão-Quadro 2008/675/JAI, exclui expressamente o reconhecimento das sentenças estrangeiras.
- 20 O caso presente não se enquadra exatamente no artigo 988.º da Ley de Enjuiciamiento Criminal. Respeita a crimes que não têm uma identidade factual absoluta, no sentido naturalista, mas que, em termos jurídicos também não estão numa mera situação de conexão delitual, mas que formam uma unidade jurídica por estar numa relação de continuidade criminosa nos termos do artigo 74.º do Código Penal.
- 21 Contudo, a via processual mais viável para uma adaptação penológica como a exigida pela jurisprudência seria unificar as penas aplicadas em duas ou mais sentenças, espanholas ou estrangeiras, relativamente a factos que pudessem ter sido objeto de um único processo, aplicando, para o efeito, por analogia o procedimento previsto no artigo 988.º da Ley de Enjuiciamiento Criminal, terceiro parágrafo, mas estabelecendo neste caso o limite penológico do artigo 74.º do Código Penal e ajustando a pena final resultante à regra da proporcionalidade. Quanto ao resto, não é possível aplicar nestes casos o procedimento de adaptação penológica previsto no artigo 83.º, n.º 1 da Lei n.º 23/2014, em conexão com o artigo 8.º, n.º 1, da Decisão Quadro 2008/909/JAI, uma vez que se refere a outros casos e situações completamente diferentes.
- 22 É necessário salientar aqui os critérios de determinação da pena que foram utilizados para o crime continuado no acórdão espanhol proferido no caso Fórum Filatélico, em conformidade com o artigo 74.º, n.º 2 do Código Penal. De acordo

com esse acórdão (1) a moldura penal abstrata prevista no Código Penal para o crime de burla é de 1 a 6 anos de prisão e multa; (2) os milhares de crimes de burla que foram praticados devem ser considerados um único crime de burla na forma agravada; (3) pelo que, a moldura abstrata da pena deve ser aumentada um ou dois graus; (4) no caso dos autos considera-se pertinente elevá-la num grau (5) conseqüentemente, a moldura da pena passa a ser de 6 anos e um dia a 9 anos e multa, e (6) a pena concreta aplicada ao arguido é de 8 anos, 7 meses e 17 dias de prisão.

- 23 Conseqüentemente, os factos praticados em Portugal, se tivessem sido considerados parte do mesmo conjunto de factos ligados juridicamente por uma relação de continuidade criminosa com os factos que ocorreram em Espanha, não teriam tido uma repercussão punitiva significativa se tivessem sido julgados em conjunto com os espanhóis e punidos numa única sentença, uma vez que, de acordo com o critério adotado pelo acórdão espanhol, de aumento da pena base num grau, a pena conjunta não poderia ter superado 9 anos de prisão.
- 24 É neste ponto que se verifica a maior discordância entre o direito espanhol e o direito da União, a saber, que qualquer solução viável, quando existem duas penas aplicadas em sentenças condenatórias por um tribunal espanhol e por um tribunal de outro Estado-Membro que devam ser objeto de cúmulo, exige necessariamente que as sentenças do tribunal do outro Estado-Membro sejam reconhecidas e lhes seja atribuído o mesmo valor, quer tenham sido proferidas antes ou depois da sentença espanhola, como prevê a Decisão-Quadro 2008/675/JAI. Contudo, constatamos que não existe nenhuma norma no ordenamento jurídico espanhol que permita conferir este reconhecimento para estes casos de continuidade ou de conexão criminosa. Mais, existe uma norma interna que o proíbe expressamente, concretamente, o artigo 14.º, n.º 2 da Ley Orgánica 7/2014, que transpõe a referida Decisão-Quadro 2008/675/JAI.
- 25 Isto implica que, devido ao efeito direto destas limitações, nem o cúmulo jurídico nem a correspondente adaptação do acórdão português ao espanhol são viáveis, por não poderem ser reconhecidos em Espanha para estes efeitos. A consequência disto é que, tendo em conta a recusa de execução do MDE com base no facto de a pessoa em causa ter nacionalidade espanhola, e se se considerar que não existe uma situação de *bis in idem*, não há outra possibilidade senão o cumprimento integral em Espanha da pena aplicada em Portugal, acrescentando-a aritmeticamente à pena aplicada no acórdão espanhol que está em execução, sem possibilidade de adaptação ou limitação punitiva.
- 26 Esta situação, para além de afetar a obrigação de proporcionalidade das penas na punição dos crimes (artigo 49.º, n.º 3, da Carta), compromete princípios da União como o do reconhecimento mútuo de decisões judiciais e a consideração das decisões condenatórias entre os Estados-Membros da União Europeia, como se prevê na Decisão-Quadro 2008/675/JAI. Além disso, tem um impacto negativo na viabilidade das disposições da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, no que respeita ao

seu artigo 4.º, n.º 6, e tem efeitos sobre a livre circulação dos cidadãos da União (artigo 45.º da Carta).

DOCUMENTO DE TRABALHO