



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MICHAL BOBEK
apresentadas em 2 de setembro de 2021¹

Processo C-117/20

bpost SA
contra
Autorité belge de la concurrence

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela cour d'appel de Bruxelles (Tribunal de Recurso de Bruxelas, Bélgica)]

«Reenvio prejudicial — Artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Princípio *ne bis in idem* — Coima aplicada por um regulador postal nacional — Coima aplicada por uma autoridade nacional da concorrência»

I. Introdução

1. O artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta») consagra a nobre ideia de um único espaço jurídico. Neste espaço, ninguém pode ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito. A proteção anteriormente concedida a nível dos Estados-Membros foi elevada para o nível da União.

2. A concretização desta ideia no direito da União tem sido de certa forma difícil por várias razões. Vale a pena destacar três. Em primeiro lugar, num espaço jurídico composto como o da União Europeia, seja horizontalmente (Estados-Membros — Estados-Membros), seja verticalmente (Estados-Membros — União Europeia), a aplicação prática da ideia resulta num nível acrescido de complexidade. Há, simplesmente, demasiadas variáveis. Em segundo lugar, estão a ser introduzidos novos segmentos, níveis e subcampos de regulamentação. Estão a ser criados novos órgãos ou autoridades responsáveis pela sua fiscalização. Tal implica, por vezes, uma sobreposição de mandatos que gera confusão quanto à questão de saber a quem compete investigar e punir. Em terceiro lugar, existe a «multiplicação de Engel». Os critérios bastante expansionistas, originalmente criados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») para alargar a sua competência ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH»), atualmente também são utilizados noutros contextos. Tal inclui a apreciação do que constitui um «delito» para efeitos do artigo 50.º da Carta. Daí resulta que muitas normas e procedimentos, que eram, no passado, considerados administrativos no plano conceptual são agora considerados penais.

¹ Língua original: inglês.

3. A combinação destes três fatores alargou consideravelmente o conjunto de procedimentos e sanções aos quais o princípio *ne bis in idem* se tornou aplicável. Encontrar um equilíbrio razoável entre a proteção dos direitos fundamentais e a salvaguarda dos interesses legítimos em punir certos comportamentos revelou-se difícil ao longo dos anos. A jurisprudência deste Tribunal de Justiça, desenvolvida através de interações com o TEDH, caracteriza-se pela fragmentação e inconsistência. Dificilmente pode ser qualificada de (*ne*) *bis in idem*, mas antes de *quater* ou *quinquies in idem*, mantendo-se a incerteza em relação a *bis* também.

4. O presente processo é mais um exemplo dessas incertezas. A sociedade bpost, o prestador histórico de serviços postais na Bélgica, foi sucessivamente condenada no pagamento de duas coimas por duas autoridades belgas. Primeiro a entidade reguladora setorial nacional para os serviços postais concluiu que o sistema de descontos aplicado pela bpost em 2010 era discriminatório em relação a alguns dos seus clientes. Essa decisão foi anulada pelo órgão jurisdicional de reenvio, na sequência de um pedido de decisão prejudicial submetido ao Tribunal de Justiça². A situação em causa não constituía uma discriminação ao abrigo da legislação relativa ao setor postal. Depois, a bpost foi condenada pela autoridade nacional da concorrência (a seguir «ANC») no pagamento de uma coima por abuso de posição dominante devido à aplicação do mesmo sistema de descontos entre janeiro de 2010 a julho de 2011.

5. A bpost contesta a legalidade deste segundo processo, invocando o princípio *ne bis in idem*. Após duas instâncias de fiscalização jurisdicional o litígio no processo principal encontra-se novamente pendente na cour d'appel de Bruxelles (Tribunal de Recurso de Bruxelas, Bélgica). O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a legalidade do processo perante a ANC deve ser apreciada à luz da definição de *idem* consagrada na jurisprudência da concorrência, tal como confirmada no Acórdão Toshiba³, ou se deve ser examinada à luz da limitação da cláusula de direitos e do critério estabelecido nos Acórdãos Menci, Garlsson e Di Puma — um conjunto de acórdãos proferidos no mesmo dia (a seguir «jurisprudência Menci») ⁴.

6. Tal como o órgão jurisdicional de reenvio, tenho dificuldade em vislumbrar de que forma os Acórdãos Toshiba e Menci podem ser conciliados e aplicados no mesmo processo. Considero que o presente processo, juntamente com o processo Nordzucker⁵ que tramita em paralelo, confere ao Tribunal de Justiça uma oportunidade única de fornecer aos órgãos jurisdicionais nacionais todos os elementos necessários para uma interpretação coerente do conceito de proteção na aceção do artigo 50.º da Carta, ao invés do que é atualmente todo um mosaico fragmentado e parcialmente contraditório de regimes paralelos.

² Acórdão de 11 de fevereiro de 2015, bpost (C-340/13, EU:C:2015:77).

³ Acórdão de 14 de fevereiro de 2012, Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2012:72).

⁴ Acórdãos de 20 de março de 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197), Garlsson Real Estate e o. (C-537/16, EU:C:2018:193, e Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16, EU:C:2018:192).

⁵ V. as minhas Conclusões apresentadas no processo Nordzucker e o. (Processo C-151/20, a seguir «Nordzucker»), apresentadas no mesmo dia das presentes conclusões.

II. Quadro jurídico

A. CEDH

7. O artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da CEDH tem a seguinte redação:

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

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

3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15.º da Convenção.»

B. Direito da União

8. O artigo 50.º da Carta, sob a epígrafe «Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito», dispõe que: «[n]inguém 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».

9. O artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns (a seguir «CAAS») ⁶ dispõe o seguinte:

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

10. O artigo 102.º TFUE prevê:

«É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

[...]

⁶ Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns (JO 2000, L 239, p. 19).

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

[...]»

11. O artigo 12.º da Diretiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e a melhoria da qualidade de serviço⁷ prevê:

«Os Estados-Membros devem procurar assegurar que, ao serem fixadas as tarifas para cada serviço compreendido na prestação do serviço universal, sejam observados os seguintes princípios:

[...]

- as tarifas devem ser transparentes e não discriminatórias,
- sempre que os prestadores do serviço universal aplicarem tarifas especiais, por exemplo para os serviços às empresas, para os remetentes de envios em quantidade ou para os intermediários responsáveis pelo agrupamento de envios de vários utilizadores, devem aplicar os princípios da transparência e da não discriminação no que se refere tanto às tarifas como às condições a elas associadas. As tarifas e as condições a elas associadas devem ser aplicadas de igual modo, tanto na relação entre terceiros como na relação entre terceiros e os prestadores do serviço universal que ofereçam serviços equivalentes. Também devem beneficiar dessas tarifas os utilizadores que efetuem envios em condições similares, especialmente os utilizadores individuais e as pequenas e médias empresas.»

C. Direito belga

12. A loi sur la protection de la concurrence économique (Lei Relativa à Proteção da Concorrência Económica, consolidada em 15 de setembro de 2006, contém no seu artigo 3.º disposições análogas às do artigo 102.º TFUE.

13. O artigo 12.º da Diretiva 97/67, conforme alterada pela Diretiva 2002/39/CE de 10 de junho de 2002 (JO 2002, L 176, p. 21), foi transposto para a ordem jurídica belga pelo artigo 144.º-B da loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (Lei de 21 de março de 1991 que reforma certas empresas públicas económicas).

III. Matéria de facto, tramitação do processo nacional e questões prejudiciais

14. A bpost é o prestador histórico de serviços postais na Bélgica. Oferece, entre outros serviços, a recolha, a triagem, o transporte e a entrega dos envios postais aos destinatários. Estes serviços são oferecidos só ao grande público e a duas categorias especiais de clientes, a saber, os remetentes de envios em quantidade (a seguir «remetentes») e os intermediários.

⁷ Diretiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, relativa às regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e a melhoria da qualidade de serviço (JO 1998, L 15, p. 14).

15. Os remetentes são consumidores finais de serviços de distribuição postal. Definem a mensagem que deve ser enviada e estão na origem do pedido de envio postal. Os intermediários prestam aos remetentes serviços de encaminhamento a montante do serviço de distribuição postal. Estes serviços incluem a preparação do correio antes de ser remetido à bpost (a triagem, a impressão, a envelopagem, a rotulagem, o endereçamento e a selagem), bem como o depósito dos envios (recolha junto dos remetentes, agrupamento e acondicionamento dos envios em sacos postais, transporte e depósito nos locais designados pelo operador postal).

16. No passado, a bpost aplicou diferentes tipos de tarifas, nomeadamente tarifas especiais, aplicáveis tanto a remetentes como intermediários, consistindo em descontos para certos clientes que gerassem um determinado volume de negócios. Os descontos convencionados mais frequentes eram as reduções quantitativas, concedidas em função do volume de envios postais gerado num período de referência, e as «reduções operacionais», que visavam retribuir certas operações de encaminhamento e constituíam a contrapartida dos custos evitados pela bpost.

A. Tramitação processual no regulador postal nacional

17. A bpost informou o Institut belge des services postaux et des télécommunications (Instituto belga dos serviços postais e das telecomunicações, a seguir «IBPT») de uma alteração do seu sistema de descontos relativamente a 2010 para as tarifas convencionadas relativas aos serviços de distribuição de envios publicitários endereçados e de envios administrativos.

18. Este novo sistema de descontos compreendia uma redução quantitativa, calculada com base no volume de envios depositado, concedida quer aos remetentes quer aos intermediários. Todavia, o desconto concedido a estes últimos já não era calculado em função do volume total de envios provenientes da totalidade dos remetentes aos quais prestavam os seus serviços, mas em função do volume de envios gerado individualmente por cada um desses remetentes (a seguir «redução quantitativa por remetente»).

19. Por Decisão de 20 de julho de 2011, o IBPT condenou a bpost no pagamento de uma coima de 2,3 milhões de euros por discriminação no seu sistema de tarifação baseado numa diferença de tratamento injustificada entre os remetentes e os intermediários.

20. Chamada a pronunciar-se sobre um recurso de anulação desta decisão, a cour d'appel de Bruxelles (Tribunal de Recurso de Bruxelas, a seguir «Tribunal de Recurso»), submeteu, a este título, um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia para interpretação da Diretiva 97/67.

21. No Acórdão bpost, o Tribunal de Justiça considerou que «os remetentes e os intermediários não estão numa situação comparável à luz do objetivo prosseguido pelo sistema de redução quantitativa por remetente, isto é, o incentivo à procura no domínio dos serviços postais, já que só os remetentes poderão ser incentivados, por efeito deste sistema, a aumentar o respetivo volume de envios confiados à bpost e, por conseguinte, o volume de negócios deste operador»⁸. Consequentemente, o Tribunal de Justiça concluiu que a diferença de tratamento entre estas duas categorias de clientes que decorre da aplicação do sistema de redução quantitativa por remetente não constitui uma discriminação proibida pelo artigo 12.º da Diretiva 97/67.

22. Por Acórdão de 10 de março de 2016, o Tribunal de Recurso anulou a decisão do IBPT.

⁸ Acórdão de 11 de fevereiro de 2015 (C-340/13, EU:C:2015:77, n.º 48).

B. Tramitação processual na autoridade nacional da concorrência

23. Entretanto, por Decisão de 10 de dezembro de 2012, o Conseil de la concurrence (Conselho da Concorrência) [que, entretanto, se tornou a Autorité belge de la concurrence (a seguir «Autoridade belga da concorrência»)] considerou que a diferença de tratamento das reduções quantitativas constituía um abuso de posição dominante. Colocava os intermediários numa situação concorrencial desvantajosa em relação à bpost, uma vez que incitava os clientes importantes a celebrarem contratos diretamente com esta.

24. A este respeito, a Autoridade belga da concorrência considerou que, de janeiro de 2010 a julho de 2011, a bpost tinha violado o artigo 3.º da Lei relativa à Proteção da Concorrência Económica e o artigo 102.º TFUE. Por conseguinte, condenou, a este título, a bpost no pagamento de uma coima fixada em 37 399 786 euros (a seguir «decisão impugnada»). Para o cálculo do montante desta coima, teve em conta a coima já aplicada pelo IBPT que, à data desta decisão, ainda não tinha sido anulada.

25. Por petição que deu entrada no Tribunal de Recurso em 9 de janeiro de 2013, a bpost pediu a anulação da decisão impugnada.

26. Por Acórdão de 10 de novembro de 2016, o Tribunal de Recurso considerou que a bpost tinha invocado corretamente o princípio *ne bis in idem*. O Acórdão de 10 de março de 2016 que anulava a decisão do IBPT decidiu definitivamente quanto ao mérito sobre factos essencialmente iguais aos que são objeto do processo instaurado pela Autoridade belga da concorrência (o modelo por remetente da tarifação convencionada da bpost para 2010). Uma vez que os processos instaurados na Autoridade belga da concorrência se tornaram, deste modo, inadmissíveis, o Tribunal de Recurso anulou a decisão impugnada.

27. Por Acórdão de 22 de novembro de 2018, a Cour de cassation (Tribunal de Cassação, Bélgica) anulou o acórdão do Tribunal de Recurso e remeteu o processo ao mesmo órgão jurisdicional, com uma composição diferente. A Cour de cassation (Tribunal de Cassação) considerou que o artigo 50.º da Carta não impede a cumulação de processos penais, na aceção desta disposição, baseados nos mesmos factos, mesmo quando um deles conduza a uma decisão definitiva de absolvição, quando, em aplicação do artigo 52.º, n.º 1, da Carta, na observância do princípio da proporcionalidade e para alcançar um objetivo de interesse geral, tais processos visam fins complementares que têm por objeto aspetos diferentes do mesmo comportamento infrator.

28. O processo objeto de reenvio encontra-se atualmente pendente no Tribunal de Recurso. No processo principal, a bpost alega que a decisão impugnada viola o princípio *ne bis in idem*, uma vez que os processos instaurados no IBPT e na Autoridade belga da concorrência eram ambos de natureza penal e tinham por objeto os mesmos factos. Além disso, a bpost sustenta que não estão preenchidos os requisitos estritos exigidos para permitir a cumulação dos processos e sanções penais. Não existe uma relação material e temporal suficientemente estreita entre os dois processos.

29. Segundo a Autoridade belga da concorrência, a decisão impugnada não viola o princípio *ne bis in idem*. A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao princípio *ne bis in idem* em matéria de direito da concorrência implica a apreciação do critério do «interesse jurídico protegido». Por outro lado, os dois processos em causa prosseguem fins complementares que têm por objeto diferentes aspetos do mesmo comportamento ilícito. Tais processos protegem interesses jurídicos diferentes.

30. A Comissão, que intervém na qualidade de *amicus curiae* no processo principal, considera que o interesse público da União Europeia seria posto em causa se o critério do interesse jurídico fosse abandonado. Segundo a Comissão, a jurisprudência Menci não diz respeito ao direito da concorrência. Esta jurisprudência diz antes respeito a um cúmulo de procedimentos e sanções devido a uma mesma infração que é qualificada e punida no direito nacional numa base dual. Pelo contrário, a bpost foi objeto de dois processos independentes por duas infrações distintas baseadas em disposições legais diferentes que prosseguem objetivos de interesse geral distintos e complementares: uma violação da regulamentação setorial (da proibição de práticas discriminatórias e da obrigação de transparência, previstas nomeadamente no artigo 144.º-B da Lei de 21 de março de 1991 que reforma certas empresas públicas económicas), por um lado, e uma violação da proibição de abuso de posição dominante, punida pelo artigo 102.º TFUE e pelo artigo 3.º da Lei de 15 de setembro de 2006 Relativa à Proteção da Concorrência Económica, por outro. Segundo a Comissão, o princípio *ne bis in idem* deve ser analisado no caso em apreço à luz dos critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça em matéria de concorrência. Se não se tiver em conta o interesse jurídico protegido, corre-se o risco de reduzir consideravelmente o âmbito de aplicação do direito da concorrência, uma vez que este tem uma dimensão horizontal.

31. O órgão jurisdicional de reenvio considera que a aplicação do princípio *ne bis in idem* no processo principal exige que se tenha em conta o interesse jurídico, sem o qual o direito da concorrência corre o risco de ser privado do seu efeito útil. Feita esta precisão, o órgão jurisdicional de reenvio salienta ainda a existência da jurisprudência Menci e da jurisprudência aplicável do TEDH, que importa igualmente observar.

32. Nestas circunstâncias, o Tribunal de Recurso decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Deve o princípio [*ne*] *bis in idem*, conforme garantido pelo artigo 50.º da Carta, ser interpretado no sentido de que não impede a autoridade administrativa competente de um Estado-Membro de aplicar uma coima por violação do direito europeu da concorrência, numa situação como a do caso em apreço, em que a mesma pessoa coletiva já foi definitivamente absolvida do pagamento de uma coima administrativa aplicada pelo regulador postal nacional por uma pretensa violação da legislação postal, relativamente aos mesmos factos ou a factos semelhantes, na medida em que o critério da unidade do interesse legal protegido não está preenchido pelo facto de o presente processo ter por objeto duas infrações diferentes a duas legislações distintas aplicáveis em dois domínios jurídicos diferentes?
- 2) Deve o princípio [*ne*] *bis in idem*, conforme garantido pelo artigo 50.º da Carta, ser interpretado no sentido de que não impede a autoridade administrativa competente de um Estado-Membro de aplicar uma coima por violação do direito da concorrência da União, numa situação como a do caso em apreço, em que a mesma pessoa coletiva já foi definitivamente absolvida do pagamento de uma coima administrativa aplicada pelo regulador postal nacional por uma pretensa violação da legislação postal, relativamente aos mesmos factos ou a factos semelhantes, com o fundamento de que se justifica uma limitação ao princípio [*ne*] *bis in idem* pelo facto de a legislação em matéria de concorrência prosseguir um objetivo complementar de interesse geral, a saber, a salvaguarda e a manutenção de um sistema sem distorção da concorrência no mercado interno, e não exceder o que é adequado e necessário para alcançar o objetivo legitimamente prosseguido por esta legislação; e/ou com vista a proteger o direito e a liberdade de empresa desses outros operadores, com fundamento no artigo 16.º da Carta?»

33. Foram apresentadas observações escritas pela bpost, pelos Governos belga, checo, grego, italiano, letão e romeno, bem como pela Comissão Europeia. Além disso, a bpost, os Governos belga, grego, letão e polaco, bem como a Comissão, foram ouvidas na audiência realizada em 22 de março de 2021. A audiência foi organizada conjuntamente para o presente processo e para o processo C-151/20 Nordzucker e o.

IV. Apreciação

34. Com ambas as questões, o órgão jurisdicional de reenvio convida o Tribunal de Justiça a precisar, em substância, os critérios de aplicação do princípio *ne bis in idem*, consagrado no artigo 50.º da Carta. Tais questões são suscitadas no âmbito de dois litígios. O primeiro litígio, ora concluído, tinha por objeto a regulamentação setorial dos serviços postais e a aplicação de uma coima, posteriormente anulada, pelo IBPT à bpost por incumprimento da obrigação de não discriminação (a seguir «processo setorial»). O segundo processo respeita ao direito da concorrência. No âmbito Nesse processo foi aplicada uma multa à bpost pela Autoridade belga da concorrência por explorar de forma abusiva uma posição dominante (a seguir «processo de concorrência»).

35. Ambos os processos aparentemente conduzem à aplicação de sanções de natureza penal. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, portanto, se a apreciação do elemento *idem* deve depender do interesse jurídico protegido respetivamente pelos dois quadros regulamentares em causa, ou se a mesma deve ser efetuada à luz da cláusula de restrição do exercício de direitos constante do artigo 52.º, n.º 1, da Carta.

36. Por outras palavras, o órgão jurisdicional de reenvio manifesta dúvidas quanto ao critério *idem* que deve concretamente aplicar à conjugação de processos setoriais e em matéria de concorrência. Com efeito, deverá o órgão jurisdicional de reenvio aplicar o critério para a articulação de dois processos em matéria de concorrência, que o Tribunal de Justiça estabeleceu no Acórdão *Wilhelm e o.*⁹ e que tem repetidamente confirmado desde então, em especial no Acórdão *Toshiba*¹⁰ e, mais recentemente, no Acórdão *Eslováquia Telecom*¹¹? Ou deverá antes aplicar o critério que o Tribunal de Justiça também estabeleceu recentemente para a articulação de processos criminais e administrativos no Acórdão *Menci*?

37. A questão de saber se a jurisprudência «Toshiba ou Menci» devia ser aplicada é a questão crucial para o caso em apreço. No entanto, no contexto do artigo 50.º da Carta, representa apenas a proverbial ponta do iceberg. É preciso reconhecer que há que explorar aquilo que não está à vista a fim de avaliar efetivamente o tamanho real do iceberg e poder tomar uma decisão informada sobre o rumo correto a seguir.

38. Começarei, portanto, por expor de forma concisa a evolução do princípio *ne bis in idem* em diferentes domínios do direito da União, muitas vezes por meio de uma interação expressa com o TEDH, à luz da qual é possível compreender melhor o correto alcance e a pertinência da questão «Toshiba ou Menci» (A). Por outro lado, tendo em conta o facto de que a evolução do princípio *ne bis in idem* tem sido bastante problemática, resultando em vários regimes fragmentados, destacarei alguns dos problemas que tal fragmentação causou. Explicarei também por que razão o alargamento do critério definido na jurisprudência *Menci* a todos os processos ao abrigo do

⁹ Acórdão de 13 de fevereiro de 1969 (14/68, EU:C:1969:4).

¹⁰ Acórdão de 14 de fevereiro de 2012 (C-17/10, EU:C:2012:72).

¹¹ Acórdão de 25 de fevereiro de 2021 (C-857/19, EU:C:2021:139).

artigo 50.º da Carta talvez não seja o melhor caminho a seguir (B). Por fim, apresentarei uma solução aos problemas mencionados, propondo uma abordagem (tão uniforme quanto possível) ao princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 50.º da Carta (C).

A. Evolução da jurisprudência relativa ao *ne bis in idem*

39. Para começar, impõe-se uma nota terminológica. As abordagens existentes do princípio *ne bis in idem* são frequentemente classificadas, para facilidade de referência, em duas categorias, comumente denominadas «*idem factum*» ou «*idem crimen*». Estes conceitos captam o que é, em suma, a premissa inicial da abordagem específica do princípio.

40. A abordagem baseada em *idem factum* postula que o requisito *idem* se mostra preenchido quando os dois processos dizem respeito aos mesmos factos, sem que seja pertinente saber se o segundo processo tem por objeto outra infração que os mesmos factos possam ter constituído. A identidade factual é suficiente para que o requisito *idem* se encontre preenchido.

41. A abordagem baseada em *idem crimen* consiste em apreciar se o segundo processo diz respeito não só aos mesmos factos, mas também à mesma infração. Tratando-se de uma infração diferente, o segundo processo será, em princípio, admitido. No entanto, tende a haver uma certa variedade nas definições do que constitui exatamente a identidade da infração. Esta última é frequentemente enquadrada nos termos dos conceitos de interesse jurídico protegido, bens sociais que o facto em causa afeta ou, em termos mais abstratos, na natureza da conduta social lesiva.

42. A nível da União, a evolução do princípio *ne bis in idem* deu-se no que podemos definir como ondas jurisprudenciais sucessivas. Com um certo grau de simplificação, essa evolução iniciou-se no domínio do direito da concorrência da União com uma abordagem baseada no interesse jurídico protegido (1). Surgiu depois a jurisprudência relativa à CAAS, baseada na abordagem *idem factum* (2). Os desenvolvimentos no contexto da CAAS aparentemente inspiraram uma mudança na jurisprudência do TEDH, inicialmente com a passagem de *idem crimen* para *idem factum*. No entanto, o critério foi posteriormente aperfeiçoado através da introdução de um vínculo material e temporal estreito, tornando possível, sob certas circunstâncias, um segundo processo incidindo sobre os mesmos factos (3). A este respeito, o Tribunal de Justiça chamou a atenção para os desenvolvimentos a nível do TEDH. Contudo, decidiu em seguida deslocar a tónica da sua análise do âmbito da proteção ao abrigo do artigo 50.º da Carta para a cláusula de restrição do exercício de direitos constante do artigo 52.º, n.º 1, da Carta (4).

1. Interesse jurídico protegido pelo direito da concorrência da União

43. As origens da jurisprudência sobre o *ne bis in idem* em matéria de concorrência decorrem do Acórdão Wilhelm e o.¹² O processo dizia respeito a inquéritos paralelos a nível nacional e supranacional respeitantes a comportamentos anticoncorrenciais. Foi alegado que a ANC alemã não tinha competência para prosseguir o seu inquérito relativo a determinadas violações da lei que estavam a ser simultaneamente objeto de inquérito por parte da Comissão. As questões suscitadas incidiam, nomeadamente, sobre a possibilidade de aplicar à mesma situação de facto, na altura abrangida pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE, o direito nacional e comunitário da

¹² Acórdão de 13 de fevereiro de 1969, Wilhelm e o. (14/68, EU:C:1969:4).

concorrência, numa situação em que a Comissão já tinha atuado nos termos do Regulamento n.º 17¹³ ou se se excluía uma atuação por parte da ANC no sentido de aplicar o direito nacional da concorrência devido ao risco de uma duplicação de sanções e de uma apreciação incompatível.

44. O Tribunal de Justiça constatou que o artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 autorizava as autoridades nacionais a aplicarem os então artigos 85.º, n.º 1, e 86.º do Tratado CEE. Dito isto, a referida disposição não dizia respeito à competência das ANC no âmbito da aplicação do direito nacional¹⁴. O Tribunal de Justiça acrescentou que «[o] direito comunitário e o direito nacional em matéria de acordos entre empresas consideram-nos sob aspetos diferentes»¹⁵, precisando ao mesmo tempo que o processo nacional não pode prejudicar o processo comunitário.

45. A partir desse acórdão, o princípio *ne bis in idem* não tem sido encarado como um obstáculo a processos paralelos instaurados pela Comissão e pelas respetivas ANC. O *dictum*, segundo o qual as legislações comunitária e nacional em matéria de concorrência consideram a proteção da concorrência sob diferentes ângulos, foi posteriormente complementado pela observação do Tribunal de Justiça de que os direitos da União e nacional em matéria de concorrência protegem um interesse jurídico diferente. Por conseguinte, segundo jurisprudência constante, a proteção do *ne bis in idem* no direito da concorrência só é desencadeada na presença de uma tripla identidade dos factos, do infrator e do interesse jurídico protegido.

46. Este último critério foi aplicado no âmbito dos processos tramitados, e das sanções aplicadas, no seio da União Europeia, concluindo o Tribunal de Justiça que é proibido «a punição de uma mesma pessoa mais do que uma vez pelo mesmo comportamento ilícito, com vista a proteger o mesmo bem jurídico»¹⁶. O Tribunal de Justiça aplicou igualmente o critério do interesse jurídico protegido nos casos em que as empresas foram incriminadas num Estado terceiro¹⁷, explicando a sua *raison d'être* com a natureza específica dos objetivos, regras materiais e consequências legais na aplicação de sanções por infrações ao direito da concorrência¹⁸.

47. De forma crucial, a Grande Secção confirmou a aplicabilidade da tripla condição de *idem* no Acórdão Toshiba¹⁹, embora a advogada-geral J. Kokott tenha convidado o Tribunal a abandoná-la²⁰. Com efeito, a advogada-geral sugeriu harmonizar a apreciação do conceito de *idem* e a abordagem da identidade dos factos e do infrator seguida pelo Tribunal de Justiça no âmbito do artigo 54.º da CAAS, do mandado de detenção europeu, e à luz das (à época recentes) conclusões do TEDH no Acórdão Zolotukhin²¹. A advogada-geral salientou a inexistência de qualquer «razão objetiva para sujeitar o princípio *ne bis in idem*, em direito da concorrência, a condições diferentes das aplicáveis noutros domínios»²². Explicou também que a apreciação de

¹³ Regulamento n.º 17: Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962 13, p. 204).

¹⁴ O artigo 9.º, n.º 3, previa apenas que «[e]nquanto a Comissão não der início a qualquer processo nos termos dos artigos 2.º, 3.º ou 6.º, as autoridades dos Estados-Membros têm competência para aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 85.º e no artigo 86.º [...]».

¹⁵ Acórdão de 13 de fevereiro de 1969, Wilhelm e o. (14/68, EU:C:1969:4, n.º 3).

¹⁶ Acórdãos de 7 de janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.º 338), e de 14 de fevereiro de 2012, Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2012:72, n.º 97).

¹⁷ Acórdãos de 29 de junho de 2006, Showa Denko/Comissão (C-289/04 P, EU:C:2006:431, n.ºs 52 a 56), SGL Carbon/Comissão (C-308/04 P, EU:C:2006:433, n.ºs 28 a 32), e de 10 de maio de 2007, SGL Carbon/Comissão (C-328/05 P, EU:C:2007:277, n.ºs 24 a 30).

¹⁸ V, por exemplo, Acórdão de 29 de junho de 2006, Showa Denko/Comissão (C-289/04 P, EU:C:2006:431, n.º 54). Em contraste, no entanto, com o Acórdão de 14 de dezembro de 1972, Boehringer Mannheim/Comissão (7/72, EU:C:1972:125, em especial n.º 4).

¹⁹ Acórdão de 14 de fevereiro de 2012, Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2012:72, n.º 97 e jurisprudência referida). V., também, Acórdão do Tribunal Geral de 26 de outubro de 2017, Marine Harvest/Comissão (T-704/14, EU:T:2017:753, n.º 308).

²⁰ Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2011:552, n.ºs 114 a 122).

²¹ Acórdão do TEDH de 10 de fevereiro de 2009, Sergey Zolotukhin c. Rússia (CE:ECHR:2009:0210)UD001493903).

²² Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2011:552, n.º 118).

um determinado comportamento anticoncorrencial depende necessariamente de um contexto temporal e territorial específico, sendo estes os elementos que distinguem um comportamento ilícito de qualquer outro²³.

48. Em última análise, o facto de o Tribunal de Justiça não ter acolhido a proposta da advogada-geral teve pouca importância prática para dirimir o processo em questão. Tanto o Tribunal de Justiça como a advogada-geral concordaram que as duas decisões em causa, uma proferida pela Comissão e a outra pela ANC checa, eram relativas a *territórios e períodos de tempo diferentes*, o que tornava irrelevante a consideração do critério do interesse jurídico.

49. O seguinte convite para reconsiderar a questão surgiu no Acórdão Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie²⁴. Esse processo levantou a questão de saber se o princípio *ne bis in idem* tinha sido corretamente aplicado no âmbito de um processo relativo a um abuso de posição dominante. No entanto, tratava-se de um único processo, pelo que o Tribunal de Justiça considerou que o princípio *ne bis in idem* não era aplicável. Ainda assim, o advogado-geral N. Wahl aproveitou a oportunidade que surgiu com este processo para sugerir, em substância, o abandono do critério do interesse jurídico protegido²⁵.

50. Pouco depois, o critério da identidade do interesse jurídico protegido foi mais uma vez confirmado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão Czech Telekom²⁶, um processo que envolvia dois processos que tinham por objeto, aparentemente, factos diferentes (*in casu*, um mercado de produto diferente).

51. Tendo em conta estes desenvolvimentos, são dignos de nota os seguintes três aspetos. Em primeiro lugar, é atualmente jurisprudência assente que a aplicação do princípio *ne bis in idem* no contexto do direito da concorrência da União se baseia nos três critérios da identidade do infrator, dos factos e do interesse jurídico protegido. Em segundo lugar, porém, muito curiosamente, o critério do interesse jurídico é consolidado apenas de forma abstrata. Nunca foi aplicado na prática. Os processos em matéria de direito da concorrência no seio da União em relação aos quais o Tribunal de Justiça já se pronunciou incidiam, na sua opinião, sobre diversos factos. Como resultado, o Tribunal de Justiça nunca precisou com rigor de que forma o interesse jurídico protegido deve ser apreciado.

52. Em terceiro lugar, presentemente, três advogados-gerais criticaram esse critério. Depois da advogada-geral J. Kokott²⁷, o advogado-geral N. Wahl manifestou igualmente «dificuldade em identificar motivos que justifiquem a aplicação do triplo critério no âmbito do direito da concorrência»²⁸. Por último, o advogado-geral E. Tanchev observou que «a pertinência da condição de que o interesse jurídico protegido deve ser o mesmo é contestada, uma vez que, por um lado, esta condição não é aplicada em domínios do direito da União diferentes do direito da concorrência [...], e, por outro, está em contradição com a convergência crescente das regras de concorrência nacionais e da União e com a descentralização para a aplicação das regras de

²³ *Ibid.*, n.ºs 129 a 134.

²⁴ Acórdão de 3 de abril de 2019 (C-617/17, EU:C:2019:283).

²⁵ Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, n.º 45).

²⁶ Acórdão de 25 de fevereiro de 2021 (C-857/19, EU:C:2021:139, n.º 43).

²⁷ Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2011:552, n.ºs 114 a 122), referido anteriormente no n.º 47.

²⁸ Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976, n.º 45), referido anteriormente no n.º 49.

concorrência da União estabelecidas pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho» [29]³⁰. Dúvidas do mesmo teor têm sido reiteradas na doutrina, levantando questões quanto à razão pela qual o Tribunal de Justiça confirmou repetidamente o critério, apesar da adoção da abordagem *idem factum* em outros domínios do direito da União³¹.

2. *Idem factum* no espaço de liberdade, segurança e justiça

53. O artigo 54.º da CAAS foi historicamente a primeira disposição do direito da União a incluir o princípio *ne bis in idem* no seu texto. O que distingue o artigo 54.º da CAAS das expressões de direito internacional *ne bis in idem* então existentes, tais como o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH³² ou o artigo 14.º, n.º 7, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos³³, é o seu exposto alcance transfronteiriço. O que era anteriormente exigido dentro de um Estado ou Parte Signatária tornou-se aplicável num espaço jurídico mais amplo. Uma expressão semelhante do princípio *ne bis in idem* foi posteriormente adotada em instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal, como a Decisão-Quadro 2002/584/JAI relativa ao mandado de detenção europeu³⁴, como um dos motivos obrigatórios de recusa³⁵.

54. No contexto da CAAS, as considerações relativas ao interesse jurídico protegido e à qualificação jurídica foram consideradas irrelevantes. O único critério relevante passou a ser o da «identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si»³⁶.

55. O Acórdão van Esbroeck³⁷ demonstra muito bem este ponto. O processo dizia respeito a um cidadão belga condenado na Noruega a uma pena privativa de liberdade de cinco anos por *importação* ilegal na Noruega de produtos estupefacientes. Após ter cumprido uma parte da pena a que foi condenado, saiu em liberdade condicional, e foi levado sob escolta até à Bélgica. Alguns meses mais tarde, foi instaurado um processo contra o cidadão belga que terminou numa condenação judicial a uma pena de prisão de um ano por *exportação* ilícita, para fora da Bélgica,

²⁹ Conclusões do advogado-geral E. Tanchev no processo Marine Harvest (C-10/18 P, EU:C:2019:795, n.º 95, nota 34).

³⁰ Regulamento de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º e 102.º TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1).

³¹ V., por exemplo, Sarmiento, D., «*Ne Bis in Idem* in the Case-Law of the European Court of Justice», in Van Bockel, B. (ed), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 130; Nazzini, R., «Parallel Proceedings in EU Competition Law. *Ne Bis In Idem* as a Limiting Principle», in Van Bockel, B. (ed), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2016, p. 143 a 145; Lo Schiavo, G., «The Principle of *Ne Bis In Idem* and the Application of Criminal Sanctions: Of Scope and Restrictions», *European Constitutional Law Review*, vol. 14(3), 2018, esp. p. 660 a 663; Luchtman, M., «The ECJ's Recent Case Law on *Ne Bis in Idem*: Implications For Law Enforcement in a Shared Legal Order», *Common Market Law Review* vol. 55, 2018, p. 1724.

³² De 22 de novembro de 1984, ETS n.º 117.

³³ De 16 de dezembro de 1966: «Ninguém pode ser julgado ou punido novamente por motivo de uma infração da qual já foi absolvido ou pela qual já foi condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal de *cada país*.» (O sublinhado é meu).

³⁴ Artigo 3.º, n.º 2, da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (JO 2002, L 190, p. 1).

³⁵ V., para mais exemplos, artigo 11.º, n.º 1, alínea c), da Decisão-Quadro 2008/947/JAI do Conselho, de 27 de novembro de 2008, respeitante à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças e decisões relativas à liberdade condicional para efeitos da fiscalização das medidas de vigilância e das sanções alternativas (JO 2008, L 337, p. 102) e artigo 9.º, n.º 1, alínea c), 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 (JO 2008, L 327, p. 27).

³⁶ Acórdãos de 9 de março de 2006, van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, n.º 36), de 28 de setembro de 2006, Gasparini e o. (C-467/04, EU:C:2006:610, n.º 54); de 28 de setembro de 2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, n.º 48), de 18 de julho de 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, n.º 26), de 16 de novembro de 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, n.º 39); de 29 de abril de 2021, X (Mandado europeu de detenção — *Ne bis in idem*) (C-665/20 PPU, EU:C:2021:339, n.º 71 e jurisprudência referida), o último processo relativo a uma condenação anterior aplicada por um terceiro Estado.

³⁷ Acórdão de 9 de março de 2006 (C-436/04, EU:C:2006:165).

dos mesmos produtos estupefacientes. Ao chegar à conclusão sobre a admissibilidade do segundo processo, os órgãos jurisdicionais belgas aplicaram o artigo 36.º, n.º 2, alínea a), da Convenção única sobre os Estupefacientes³⁸, nos termos da qual cada uma das infrações previstas nesse artigo, entre as quais figuram a importação e a exportação de estupefacientes, será considerada uma infração distinta, caso tenham sido cometidas em países diferentes.

56. A questão submetida ao Tribunal de Justiça foi a de saber se o segundo processo violou o artigo 54.º da CAAS. O Tribunal de Justiça observou que a redação do artigo 54.º da CAAS se refere apenas à natureza dos factos em causa, e não à sua qualificação jurídica³⁹. O Tribunal de Justiça comparou então esta formulação com a do artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH e com a do artigo 14.º, n.º 7, do Pacto das Nações Unidas sobre os Direitos Cíveis e Políticos, ambos os quais utilizam o conceito de «infração». Isso implica que o critério da qualificação jurídica dos factos é relevante «como condição de aplicação do princípio *ne bis in idem* consagrado [nos] últimos [dois] instrumentos»⁴⁰.

57. Ao constatar a existência de confiança mútua nos sistemas nacionais de justiça penal da União Europeia, a liberdade de circulação e a falta de harmonização das legislações penais, o Tribunal de Justiça observou que «a eventualidade de qualificações jurídicas divergentes dos mesmos factos em dois Estados contratantes diferentes não pode impedir a aplicação do artigo 54.º da CAAS»⁴¹. «Pelos mesmos motivos, o critério da identidade do bem jurídico protegido não procede, uma vez que é suscetível de variar de um Estado contratante para outro»⁴².

58. O Tribunal de Justiça reconheceu que a situação de exportação e importação dos mesmos estupefacientes, objeto de ações penais em diferentes Estados contratantes, pode constituir um conjunto de factos que, pela sua própria natureza, estão indissociavelmente ligados, mas deixou essa apreciação para o órgão jurisdicional nacional⁴³.

59. Em suma, a jurisprudência relativa ao artigo 54.º da CAAS e às disposições equivalentes da Decisão-Quadro 2002/584 sempre se baseou no pressuposto de que o interesse jurídico protegido e a qualificação jurídica dos factos em causa não são importantes para considerações relacionadas com a aplicabilidade do princípio *ne bis in idem*.

60. A rejeição da abordagem *idem crimen* baseou-se, antes de mais, na interpretação literal. O artigo 54.º da CAAS parece ser destacado por exigir um nível de proteção mais elevado do que o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH. Para além do teor do texto, a necessidade de adotar a abordagem *idem factum* foi também justificada pela referência à lógica subjacente ao espaço de liberdade, segurança e justiça que visa superar os eventuais obstáculos decorrentes do contexto multijurisdicional da União, onde não existe harmonização das leis penais e em que os interesses jurídicos e a classificação jurídica de um mesmo comportamento podem divergir.

³⁸ Convenção Única das Nações Unidas sobre os Estupefacientes, 1961, Recueil des traités des Nations Unies, vol. 520, p. 151 (conforme alterada pelo Protocolo de 1972, Recueil des traités des Nations Unies, vol. 976, p. 3).

³⁹ Acórdão de 9 de março de 2006, van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, n.º 27).

⁴⁰ *Ibid.*, n.º 28.

⁴¹ *Ibid.*, n.º 31.

⁴² *Ibid.*, n.º 32.

⁴³ V., igualmente, Acórdão de 28 de setembro de 2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, n.º 41), de 18 de julho de 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, n.º 26), ou de 16 de novembro de 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, n.º 29).

61. Embora a referência à qualificação jurídica não careça de justificação, o mesmo não se passa com a referência a interesses jurídicos (divergentes). O Tribunal de Justiça parece ter utilizado esses conceitos alternadamente. O seu raciocínio implica que o interesse jurídico protegido pela penalização de uma determinada infração penal, tal como definido pelo direito interno, é algo intrinsecamente específico de cada Estado-Membro. O conceito de interesse jurídico não parece ser entendido em termos de um bem social que uma infração específica, ou uma categoria específica de infrações, visa proteger seja qual for o Estado-Membro em causa, como é o caso do interesse em proteger a vida humana, a saúde, a liberdade, os bens, e assim por diante. O que constitui efetivamente um interesse jurídico protegido fica, portanto, por explorar.

62. Seja como for, é geralmente aceite que a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 54.º da CAAS influenciou o TEDH⁴⁴. Com efeito, conduziu a uma decisão do TEDH proferida no Acórdão Zolotukhin para harmonizar a sua jurisprudência, que anteriormente oscilou entre as abordagens *idem crimen* e *idem factum*, e adotar a abordagem segundo a qual o que importa para a apreciação da questão de saber se o segundo processo é admissível ou não é a existência «dos mesmos factos ou de factos essencialmente idênticos»⁴⁵.

3. *TEDH: de idem crimen via idem factum* para um lugar distinto (mas com o qual existe um vínculo material e temporal estreito)

63. A jurisprudência do TEDH relativa ao *ne bis in idem* evoluiu por fases. No Acórdão Zolotukhin, o TEDH apresentou uma primeira visão geral sobre a forma como a sua jurisprudência tinha abordado a condição de *idem* e decidiu adotar uma interpretação harmonizada do conceito de mesma infração constante do artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH, para dissipar a «incerteza jurídica»⁴⁶ (a). No entanto, vários anos depois, o TEDH fez novamente um balanço da evolução da jurisprudência no Acórdão A e B⁴⁷. Decidiu matizar o Acórdão Zolotukhin, destacando o critério do vínculo material e temporal estreito (b).

a) *Do idem crimen para o idem factum no Acórdão Zolotukhin*

64. A abordagem do *idem* na jurisprudência anterior ao Acórdão Zolotukhin baseava-se predominantemente no *idem crimen*⁴⁸. Partia do pressuposto de que um mesmo comportamento pode constituir várias infrações suscetíveis, do ponto de vista jurídico, de serem julgadas em

⁴⁴ Conforme observado, por exemplo, pelo advogado-geral P. Cruz Villalón nas suas Conclusões no processo Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2012:340, n.º 77).

⁴⁵ Acórdão do TEDH de 10 de fevereiro de 2009, Sergey Zolotukhin c. Rússia (CE:ECHR:2009:0210)JUD001493903, § 82).

⁴⁶ *Ibid.*, § 78.

⁴⁷ Acórdão do TEDH de 15 de novembro de 2016, A e B c. Noruega (CE:ECHR:2016:1115)JUD002413011).

⁴⁸ V., no entanto, Acórdão do TEDH de 23 de outubro de 1995, Gradinger v. Áustria (CE:ECHR:1995:1023)JUD001596390). Nessa decisão, o TEDH considerou que, embora a designação, a natureza e o objeto das duas infrações em causa fossem diferentes, existia uma violação do artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH, porque ambas as decisões diziam respeito ao mesmo comportamento.

processos separados. Alguns exemplos da jurisprudência anterior ao Acórdão Zolotukhin são os Acórdãos Oliveira⁴⁹ ou Franz Fischer⁵⁰. Neste último caso, o TEDH submeteu o exame de identidade da infração ao critério dos seus elementos essenciais⁵¹.

65. A abordagem baseada no *idem crimen* foi abandonada no Acórdão Zolotukhin. O respetivo processo dizia respeito a um demandante que abusou verbalmente de agentes da autoridade durante o seu interrogatório. No processo administrativo que lhe foi instaurado, que o TEDH associou a um processo penal, foi condenado pelos desacatos causados que constituíam uma infração por «perturbação de menor gravidade». Alguns dias mais tarde, foi instaurado um processo penal, nomeadamente, pela prática de «atos de perturbação». Esta acusação referia-se ao mesmo comportamento pelo qual o demandante tinha sido anteriormente condenado. O demandante foi absolvido dessa acusação, mas foi condenado com base noutros fundamentos.

66. Antes de concluir que o segundo processo constituía uma violação do artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH, o TEDH considerou que «[a sua anterior] abordagem, que sublinha a qualificação jurídica das duas infrações, é demasiado restritiva dos direitos dos particulares» e «que o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 deve ser entendido no sentido de que proíbe investigar ou condenar alguém por uma segunda “infração” baseada nos mesmos factos ou em factos essencialmente idênticos»⁵². O TEDH concluiu que o exame deve, portanto, «incidir sobre os factos que constituem um conjunto de circunstâncias factuais concretas, relativas ao mesmo infrator e indissociavelmente ligadas entre si no tempo e no espaço, cuja existência deve ser demonstrada a fim de obter uma condenação ou instaurar um processo penal»⁵³.

b) A e B: *idem factum* conjugado com o vínculo material e temporal estreito

67. A abordagem adotada no Acórdão Zolotukhin foi (geralmente) aplicada na jurisprudência que se seguiu⁵⁴. Esta abordagem, porém, não mereceu aceitação universal. O TEDH decidiu reconsiderá-la novamente no Acórdão A e B. Embora, em princípio, mantivesse a abordagem *idem factum*, esse tribunal considerou, no entanto, que é possível um cúmulo de processos quando «tiverem sido conjugados de forma integrada de modo a constituir um todo coerente»⁵⁵. Em tais circunstâncias, o TEDH considera que não se verificou efetivamente a existência de nenhum segundo processo.

⁴⁹ Acórdão do TEDH de 30 de julho de 1998, Oliveira v. Suíça (CE:ECHR:1998:0730JUD002571194, §§ 25 a 29). V., igualmente, Acórdãos do TEDH de 14 de setembro de 1999, Ponsetti e Chesnel c. França (CE:ECHR:1999:0914DEC003685597, § 5), de 2 de julho de 2002, Göktan c. França (CE:ECHR:2002:0702JUD003340296, § 50), e de 24 de junho de 2003, Gauthier c. França (CE:ECHR:2003:0624DEC0006117800, p. 14).

⁵⁰ Acórdão do TEDH de 29 de maio de 2001, Franz Fischer c. Áustria (CE:ECHR:2001:0529JUD00379509, § 29).

⁵¹ V., igualmente, por exemplo Acórdãos do TEDH de 30 de maio de 2002, W.F. c. Áustria (CE:ECHR:2002:0530JUD003827597, § 28), de 6 de junho de 2002, Sailer c. Áustria (CE:ECHR:2002:0606JUD003823797, § 28), de 2 de setembro de 2004, Bachmaier c. Áustria (CE:ECHR:2004:0902DEC00774130), de 14 de setembro de 2004, Rosenquist c. Suécia (CE:ECHR:2004:0914DEC006061900), de 7 de dezembro de 2006, Hauser-Sporn c. Áustria (CE:ECHR:2006:1207JUD003730103, § 45), de 1 de fevereiro de 2007, Storbråten c. Noruega (CE:ECHR:2007:0201DEC001227704), de 26 de julho de 2007, Schutte c. Áustria (CE:ECHR:2007:0726JUD001801503, § 42), de 11 de dezembro de 2007, Haarwig c. Noruega (ECLI:CE:ECHR:2007:1211DEC001118705), e de 4 de março de 2008, Garretta c. França (CE:ECHR:2008:0304DEC000252904, § 86).

⁵² Acórdão do TEDH de 10 de fevereiro de 2009, Sergey Zolotukhin c. Rússia (CE:ECHR:2009:0210JUD001493903 §§ 81 e 82).

⁵³ *Ibid.*, § 84.

⁵⁴ Acórdão do TEDH de 4 de março de 2014, Grande Stevens c. Itália (CE:ECHR:2014:0304JUD001864010, §§ 221 e 227), de 27 de janeiro de 2015, Rinas c. Finlândia (CE:ECHR:2015:0127JUD001703913, §§ 45 e 46), de 10 de fevereiro de 2015, Österlund c. Finlândia (CE:ECHR:2015:0210JUD005319713, § 41), de 30 de abril de 2015, Kapetanios e o. c. Grécia (CE:ECHR:2015:0430JUD000345312, §§ 64 e 74), de 9 de junho de 2016, Sismanidis e Sitaridis c. Grécia (CE:ECLI:2016:0609JUD006660209, § 44). V., contudo, Acórdão do TEDH de 18 de outubro de 2011, Tomasović c. Croácia (CE:ECHR:2011:1018JUD005378509, § 28 e §§ 29 a 32).

⁵⁵ Acórdão do TEDH de 15 de novembro de 2016, A e B c. Noruega (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, § 130).

68. O Acórdão A e B dizia respeito a sobretaxas fiscais aplicadas aos demandantes no âmbito de um processo administrativo pela não declaração dos rendimentos nas suas declarações fiscais. Os demandantes também foram condenados pelos mesmos factos em processos penais instaurados (em certa medida) em paralelo. O TEDH concluiu que esta situação não constituía uma violação do artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH declarando que «[e]mbora tenham sido aplicadas sanções diferentes por duas autoridades diferentes em processos diferentes, existia, no entanto, um vínculo material e temporal suficientemente estreito entre si, para as considerar parte integrante de um sistema de sanções ao abrigo da legislação norueguesa pela não prestação de informações sobre determinados rendimentos numa declaração fiscal, com a omissão daí resultante na liquidação do imposto»⁵⁶.

69. Por outras palavras, o TEDH decidiu fazer prevalecer o critério do vínculo material e temporal suficientemente estreito que já figurava (embora não sistematicamente) na sua jurisprudência anterior, incluindo em processos anteriores ao Acórdão Zolotukhin⁵⁷.

70. O TEDH explicou que o preenchimento do requisito de um vínculo *material* depende dos seguintes elementos: i) objetivos complementares prosseguidos por ambos os processos no que respeita a diferentes aspetos da conduta social lesiva; ii) saber se a dualidade de processos é uma consequência previsível, quer legalmente quer em termos práticos, do mesmo comportamento impugnado s; iii) saber se há coordenação entre os processos relevantes que devem ser tramitados de forma a evitar qualquer duplicação na recolha e produção de prova; e iv) a proporcionalidade do montante global das sanções aplicadas⁵⁸.

71. O vínculo *temporal* manteve-se amplamente indefinido, com exceção da orientação geral segundo a qual «quanto mais ténue for a ligação no tempo, maior será o ónus do Estado no sentido de explicar e justificar qualquer atraso»⁵⁹.

72. Para explicar a mudança de abordagem, o TEDH referiu-se à incapacidade do Acórdão Zolotukhin de fornecer «orientações para situações em que não houve, na realidade, um cúmulo de processos, mas antes uma conjugação de forma integrada de modo a constituir um todo coerente»⁶⁰, que parecia ser, segundo o TEDH, a situação em causa. O TEDH também observou «a falta de consenso entre os sistemas internos dos Estados Contratantes e a vontade variável dos Estados de ficarem vinculados pelo [Protocolo n.º 7 à CEDH]»⁶¹.

73. O critério do vínculo material e temporal suficientemente estreito permite, segundo o TEDH, encontrar um «justo equilíbrio entre a devida salvaguarda dos interesses da pessoa protegida pelo princípio *ne bis in idem*, por um lado, e o acolhimento do especial interesse da comunidade em poder adotar uma abordagem de regulamentação diferenciada no domínio em causa, por outro»⁶².

⁵⁶ *Ibid.*, § 147. V., igualmente, § 153.

⁵⁷ V. Acórdão do TEDH de 13 de dezembro de 2005, Nilsson c. Suécia (CE:ECHR:2005:1213DEC007366101), de 20 de maio de 2014, Glantz c. Finlândia (CE:ECHR:2014:0520JUD003739411, § 61), de 20 de maio de 2014, Nykänen c. Finlândia (CE:ECHR:2014:0520JUD001182811, §§ 50 e 51), de 27 de novembro de 2014, Lucky Dev c. Suécia (CE:ECHR:2014:1127JUD000735610, § 62), de 17 de fevereiro de 2015, Boman c. Finlândia (CE:ECHR:2015:0217JUD004160411, §§ 42 e 43). V., igualmente, Acórdão do TEDH de 30 de maio de 2000, R.T. c. Suíça (CE:ECHR:2000:0530DEC003198296).

⁵⁸ Acórdão do TEDH de 15 de novembro de 2016, A e B c. Noruega (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, § 132).

⁵⁹ *Ibid.*, § 134.

⁶⁰ *Ibid.*, § 111.

⁶¹ *Ibid.*, § 106.

⁶² *Ibid.*, § 124.

74. No Acórdão A e B, as duas vertentes do novo critério foram consideradas preenchidas. A jurisprudência posterior forneceu mais algumas precisões. No entanto, seria ousado sugerir que existe atualmente clareza decanto a saber o que constitui um vínculo suficientemente estreito, nomeadamente no que diz respeito à sua dimensão temporal⁶³.

4. Regimes de dupla via de execução no Tribunal de Justiça: do *idem factum* para o *idem factum* conjugado com a cláusula de restrição de direitos

75. O Tribunal de Justiça respondeu à mudança de abordagem adotada pelo TEDH num conjunto de acórdãos que constituem a jurisprudência Menci⁶⁴. Tais acórdãos, que foram objeto de um grande debate doutrinal⁶⁵, respeitavam a um segundo conjunto de processos (penais ou administrativos), movidos por evasão fiscal, manipulação de mercado e abuso de informação privilegiada, apesar de já terem sido instaurados processos (penais ou administrativos) pelos mesmos factos.

76. O Acórdão Menci, que pode eventualmente ser qualificado como o processo principal neste conjunto de processos, dizia respeito a um recorrente sujeito a um processo administrativo por falta de pagamento de IVA. No termo desse processo foi-lhe aplicada uma coima de cerca de 85 000 euros, que representava 30 % da dívida fiscal. Após a decisão nesse processo se ter tornado definitiva, foi instaurado contra o recorrente um processo penal pelos mesmos factos. Foi assim submetida uma questão no sentido de saber se esse segundo processo era admissível à luz do artigo 50.º da Carta.

77. O Tribunal de Justiça viu-se confrontado com a decisão de optar pela abordagem adotada pelo TEDH no Acórdão A e B, ou manter a abordagem anterior adotada num contexto semelhante no Acórdão Åkerberg Fransson. Neste último processo, foi declarado que o princípio *ne bis in idem* não se opõe a que um Estado-Membro imponha, para os mesmos factos de inobservância das obrigações em matéria de IVA, sucessivamente uma sobretaxa fiscal e uma sanção penal, desde que a primeira sanção não revista carácter penal (com base nos critérios Engel)⁶⁶.

78. Nas suas conclusões, o advogado-geral M. Campos Sánchez-Bordona argumentou que a adoção do novo critério do TEDH diminuiria a proteção existente ao abrigo do princípio *ne bis in idem*⁶⁷. Contudo, o Tribunal de Justiça tinha uma opinião diferente. Afigura-se que procurou, no

⁶³ Acórdão do TEDH de 18 de maio de 2017, Jóhannesson c. Islândia (CE:ECHR:2017:0518JUD002200711), de 6 de junho de 2019, Nodet c. França (CE:ECHR:2019:0606JUD004734214), de 8 de julho de 2019, Mihalache c. Roménia (CE:ECHR:2019:0708JUD005401210, §§ 84 e 85). No Acórdão do TEDH de 13 de junho de 2017, Šimkus c. Lituânia (CE:ECHR:2017:0613JUD004178811, §§ 46 e 47), o TEDH parece excluir a existência de ambos os vínculos, embora a relevância do critério consagrado no Acórdão A e B se afigure implícita. No Acórdão do TEDH de 8 de outubro de 2019, Korneyeva c. Rússia (CE:ECHR:2019:1008JUD007205117, § 58), o critério foi evocado, mas não aplicado, por não ter sido defendido que os dois processos em causa formavam uma «resposta jurídica integrada» na aceção do Acórdão A e B. Em contrapartida, considerou-se que existiam ambos os vínculos no Acórdão do TEDH de 8 de outubro de 2020, Bajčić c. Croácia (CE:ECHR:2020:1008JUD00673341, § 45).

⁶⁴ Acórdãos de 20 de março de 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197), Garlsson Real Estate e o. (C-537/16, EU:C:2018:193), e Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16, EU:C:2018:192).

⁶⁵ V., por exemplo, Burić, Z., «*Ne Bis in Idem* in European Criminal Law — Moving in Circles?» EU and Comparative Law Issues and Challenges Series, 2019, pp. 507-520; Luchtman, M., «The ECJ's Recent Case Law on *Ne Bis in Idem*: Implications For Law Enforcement in a Shared Legal Order», Common Market Law Reports, vol. 55, 2018, pp. 1725-50, p. 1717; Peeters, B., «The *Ne Bis in Idem* Rule: Do the EUJ and the ECtHR Follow the Same Track?», EC Tax Review, vol. 4, 2018, pp. 182-185, p. 182; Serneels, C. «“Unionisation” of the European Court of Human Rights’ *ne bis in idem* jurisprudence: the Case of Mihalache v Romania», New Journal of European Criminal Law, vol. 11 (2), 2020, pp. 232-234; Lo Schiavo, G., «The Principle of *Ne Bis In Idem* and the Application of Criminal Sanctions: of Scope and Restrictions», European Constitutional Law Review, vol. 14(3), 2018, pp. 644-663; Vetzto, M., «The Past, Present and Future of the *Ne Bis in Idem* Dialogue Between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma», REALaw, vol. 11(55), 2018, pp. 70-74.

⁶⁶ Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, n.º 37).

⁶⁷ Conclusões do advogado-geral M. Campos Sánchez-Bordona no processo Menci (C-524/15, EU:C:2017:667).

essencial, seguir o TEDH. Porém, para isso, optou por um quadro analítico bastante singular. Assim, o Tribunal de Justiça desviou a análise do artigo 50.º da Carta para a cláusula de restrição de direitos do artigo 52.º, n.º 1, da Carta.

79. O Tribunal de Justiça admitiu um segundo processo na condição de a regulamentação que prevê um cúmulo de processos «visar um objetivo de interesse geral que seja suscetível de justificar esse cúmulo [...], devendo esses procedimentos e essas sanções ter finalidades complementares [...], conter regras que assegurem uma coordenação que limite ao estritamente necessário o encargo adicional que para as pessoas em causa resulta de um cúmulo de procedimentos, e [...] prever regras que permitam assegurar que a severidade do conjunto das sanções aplicadas se limite ao estritamente necessário face à gravidade da infração em causa»⁶⁸.

80. Prosseguindo a análise nos termos do artigo 52.º, n.º 1, da Carta, o Tribunal de Justiça verificou, antes de mais, que a restrição em causa estava prevista na lei e respeitava o *conteúdo essencial do direito* consagrado no artigo 50.º da Carta. A este respeito, o Tribunal observou que a regulamentação em causa permitia um «cúmulo de procedimentos e de sanções em condições limitativamente fixadas, assegurando assim que o direito garantido neste artigo 50.º não seja posto em causa enquanto tal»⁶⁹.

81. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça confirmou a existência de um *objetivo de interesse geral* (cobrança da totalidade do IVA devido no Acórdão Menci⁷⁰; proteção da integridade dos mercados financeiros e da confiança do público nos instrumentos financeiros nos Acórdãos Di Puma⁷¹ e Garlsson⁷²), bem como a existência de objetivos complementares prosseguidos por pela legislação em causa. No Acórdão Menci, o Tribunal de Justiça identificou esses objetivos complementares como a dissuasão e punição de «qualquer incumprimento, seja intencional ou não, das regras de declaração e de cobrança do IVA, aplicando sanções administrativas [...] de quantia fixa», por um lado, e a dissuasão e a punição de «incumprimentos graves destas regras, que são particularmente nefastos para a sociedade e que justificam a adoção de sanções penais mais graves», por outro⁷³.

82. Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça verificou a *proporcionalidade* da restrição em causa. Assim, analisou se a mesma «não exced[ia] os limites do que é adequado e necessário para a realização dos objetivos legítimos prosseguidos por essa regulamentação, entendendo-se que, quando haja uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos restritiva e que os inconvenientes causados por esta não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos prosseguidos»⁷⁴.

83. A este respeito, o Tribunal de Justiça observou que a regulamentação em causa era adequada para alcançar o objetivo invocado e que, no que se refere ao «caráter estritamente necessário», previa regras claras e precisas que permitiam ao particular prever quais os atos e omissões que podem ser objeto de cúmulo de procedimentos. Observou também que a regulamentação em causa assegura a coordenação limitando ao estritamente necessário o encargo complementar que

⁶⁸ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 63).

⁶⁹ *Ibid.*, n.º 43.

⁷⁰ *Ibid.*, n.º 44.

⁷¹ Acórdão de 20 de março de 2018, Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16, EU:C:2018:192, n.º 42).

⁷² Acórdão de 20 de março de 2018, Garlsson Real Estate e o. (C-537/16, EU:C:2018:193, n.º 46).

⁷³ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci (C 524/15, EU:C:2018:197, n.º 45).

⁷⁴ *Ibid.*, n.º 46.

o cúmulo de procedimentos representa para as pessoas em causa, e garante que a severidade do conjunto de sanções aplicadas é limitada ao estritamente necessário face à gravidade da infração em causa⁷⁵.

84. A situação prevista no Acórdão Menci preencheu, portanto, o critério recém-estabelecido. Não foi esse o caso no Acórdão Garlsson, no qual o Tribunal de Justiça considerou que a aplicação de uma sanção administrativa a empresas que já foram condenadas por um delito e punidas com uma sanção efetiva, proporcionada e dissuasiva pelos mesmos factos excederia o estritamente necessário. O Tribunal de Justiça chegou à mesma conclusão no Acórdão Di Puma, que culminou numa absolvição definitiva pelos mesmos factos no âmbito do processo penal e do posterior processo administrativo.

B. Problemas suscitados pelos atuais regimes fragmentados de ne bis in idem

85. Conforme resulta do panorama apresentado na secção anterior, a jurisprudência do Tribunal de Justiça, desenvolvida através de uma interação estreita com o TEDH, pode, na melhor das hipóteses, ser descrita como um mosaico de regimes paralelos. No âmbito desta secção, irei debruçar-me sobre duas questões cruciais relativas a esta situação. Em primeiro lugar, será isto realmente um problema? (1) Em segundo lugar, em caso afirmativo, não deveria o Tribunal de Justiça simplesmente alargar o critério que desenvolveu recentemente no Acórdão Menci a todos os casos abrangidos pelo artigo 50.º da Carta, incluindo o caso vertente? (2)

1. Trata-se de um problema?

86. Poder-se-ia talvez sugerir que não existe qualquer problema de consistência. No entanto, tal exigiria um exercício bastante exigente de fazer distinções minuciosas, argumentando que cada uma das abordagens descritas acima é diferente por um bom motivo. Os critérios são diferentes porque assentam em diferentes textos legislativos e pertencem a contextos regulamentares diferentes.

87. Em primeiro lugar, o artigo 54.º da CAAS e as disposições equivalentes dos instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal referem-se à *identidade dos factos*, ao passo que o artigo 50.º da Carta (e o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH para essa matéria) faz referência à *identidade da infração*. Por conseguinte, existe uma clara diferença textual entre as duas disposições. Além disso, em termos do seu contexto regulamentar, a CAAS contém uma expressão transfronteiriça específica do princípio *ne bis in idem*, relevante apenas para (genuínas) questões de direito penal que surjam no âmbito do sistema Schengen. É possível, assim, explicar a razão pela qual a relevância do interesse jurídico e da qualificação jurídica foi afastada, invocando a necessidade de superar, no seio da União multijurisdicional, os obstáculos à livre circulação que o Tribunal de Justiça identificou no Acórdão van Esbroeck⁷⁶.

88. Em segundo lugar, a aplicabilidade do *ne bis in idem* nos termos do artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH está limitada a uma parte contratante na Convenção. Portanto, é improvável que surjam questões transfronteiriças ao abrigo dessa disposição. O facto de a aplicação do *ne bis in idem* estar circunscrita a um único Estado onde pode, efetivamente, ser colocado maior ênfase em procedimentos integrados e no imperativo de coordenação, pode eventualmente justificar

⁷⁵ *Ibid.*, n.ºs 53 e 55.

⁷⁶ *Supra*, n.º 55 a 58 das presentes conclusões.

uma abordagem mais estrita dos critérios de aplicabilidade adotados no Acórdão A e B. Constatado que, quando a jurisprudência Menci reagiu ao critério definido no Acórdão A e B, fê-lo precisamente no mesmo contexto de um único Estado.

89. À luz destas diferenças, deve simplesmente reconhecer-se a existência destes regimes paralelos na jurisprudência relativa ao *ne bis in idem*? Em vez de procurar restabelecer algum tipo de unidade ao abrigo do artigo 50.º da Carta, não seria mais lógico explicar por que razão são diferentes?

90. Creio que não.

91. Em primeiro lugar, existem limites lógicos de um tal exercício. Com efeito, pode fazer-se uma distinção entre o artigo 50.º da Carta e a jurisprudência relativa à CAAS e à Decisão-Quadro 2002/584 com base no seu texto, e em parte também no seu contexto e objetivo. Todavia, essa distinção torna-se muito menos óbvia quando se compara o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH com o artigo 50.º da Carta. Embora ambos se refiram à identidade da «infração», os critérios desenvolvidos ao abrigo de cada uma das disposições são diferentes.

92. Além disso, o exercício de distinção é claramente um beco sem saída no que diz respeito às atuais correntes jurisprudenciais coexistentes nos Acórdãos Wilhem/Toshiba, por um lado, e Menci, por outro. As situações abrangidas por estas duas linhas de jurisprudência encontram-se, atualmente, subordinadas ao artigo 50.º da Carta, o que torna bastante difícil explicar de forma convincente por que razão cada uma delas assenta num critério diferente. É certo que, quanto ao contexto, sempre se pode tentar recorrer ao argumento da natureza específica do direito da concorrência, que permite escapar a todos os outros rótulos e classificações. No entanto, a este respeito, e na mesma linha de todos os meus ilustres colegas que tomaram posição sobre esta questão no passado⁷⁷, simplesmente não estou convencido. *Per se* e em abstrato também não posso subscrever a opinião de que, atualmente, o domínio do direito da concorrência é diferente de outros domínios do direito⁷⁸.

93. Em segundo lugar, existe a imprevisibilidade resultante do(s) critério(s). Conforme ilustram as posições divergentes dos órgãos jurisdicionais nacionais no processo principal, quando dois dos domínios de aplicação do princípio *ne bis in idem* se sobrepõem num mesmo processo, não existe uma regra para determinar qual dos critérios se aplica. Deve a conjugação de processos administrativos em matéria de concorrência e não só ser submetida ao critério Wilhem/Toshiba, implicando a consideração do interesse jurídico? Ou deve aplicar-se a jurisprudência Menci e a abordagem da cláusula de restrição dos direitos? Ou será que a jurisprudência Menci *substituiu* o critério definido no Acórdão Wilhem/Toshiba?

94. Não parece haver nada no critério definido no Acórdão Menci que exclua esta última possibilidade. O Acórdão Menci baseia-se numa interpretação do artigo 50.º da Carta que se aplica horizontalmente em todos os domínios do direito da União. No entanto, o Acórdão Slovak Telecom⁷⁹, proferido após o Acórdão Menci, confirma que o critério do interesse jurídico estabelecido no Acórdão Wilhem/Toshiba continua a ser aplicável, sem, no entanto, explicar a razão para tal.

⁷⁷ *Supra*, n.º 52 das presentes conclusões.

⁷⁸ Para mais informações, ver as minhas Conclusões apresentadas paralelamente no processo Nordzucker.

⁷⁹ Acórdão de 25 de fevereiro de 2021 (C-857/19, EU:C:2021:139).

95. Em terceiro lugar, e talvez acima de tudo, é bastante difícil sustentar, no plano conceptual, a ideia de que uma mesma disposição de direito primário, o artigo 50.º da Carta, cujo cumprimento deve ser assegurado em todas as situações abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União, pode ter um conteúdo diferente consoante o domínio do direito da União ao qual se aplica. No entanto, tal parece ser o caso se os elementos de definição da proibição constantes dessa disposição, a saber, *idem e bis*, forem interpretados de forma diferente em diferentes domínios do direito da União. Põe-se a questão de saber que papel desempenha o artigo 50.º da Carta em situações como a do processo principal, em que não se trata de uma situação puramente de direito da concorrência, mas que também não se enquadra no cenário Menci devido à inexistência de um processo penal (genuíno)?

96. Considero esta situação insustentável.

97. Admito, no entanto, que o caso em apreço poderia ser solucionado sem qualquer tentativa de unificação do critério a aplicar ao abrigo do artigo 50.º da Carta. O critério decorrente da jurisprudência Menci poderia eventualmente ser alargado de modo a abranger também a situação suscitada no processo principal, ao passo que a aplicabilidade do critério Wilhem/Toshiba poderia ser afastada.

98. O presente processo não exige, *stricto sensu*, que sejam resolvidas todas as dificuldades acima identificadas, incluindo a difícil questão de manter ou abandonar o critério do interesse jurídico em direito da concorrência. Inicialmente, a questão do interesse jurídico estava claramente ligada à estrutura específica de aplicação do direito da concorrência na União Europeia, tal como definida atualmente pelo Regulamento n.º 1/2003 e, anteriormente, pelo Regulamento n.º 17. Poder-se-ia, assim, argumentar que, na medida em que, no processo principal, um processo em matéria de direito da concorrência é conjugado com um processo relativo a outra matéria, não é necessária a aplicação do critério do interesse jurídico porquanto a situação não se enquadra na questão específica da aplicação do direito da concorrência na União Europeia.

99. No entanto, tendo restringido desta forma a lógica presente no Acórdão Wilhem/Toshiba, a questão que se coloca é a de saber qual é o critério aplicável ao processo principal? A resposta a esta questão é naturalmente o critério estabelecido no Acórdão Menci. Trata-se de um critério recentemente instituído pela Grande Secção do Tribunal de Justiça, que, pelo menos no que se refere à sua redação, afigura-se revestir um carácter holístico. Parece abranger todas as situações em que o artigo 50.º da Carta é aplicável. Assim, poderia ser expressamente aprovado como o critério adequado (e único) para o princípio *ne bis in idem* nos termos do artigo 50.º da Carta.

100. Não obstante, pelas razões que irei expor na secção seguinte, seria sensato que o Tribunal de Justiça evitasse fazê-lo. Na minha opinião, o Acórdão Menci é uma decisão problemática.

2. Um Acórdão Menci para todos os casos?

101. O Acórdão Menci é um paradoxo. O interesse em proporcionar uma proteção acrescida em conformidade com a jurisprudência do TEDH tem como surpreendente consequência o facto de não assegurar uma proteção individual efetiva.

102. A título preliminar, há que reconhecer que parte do problema decorre desde o início da definição e aplicação pelo TEDH dos critérios comumente referidos como critérios Engel⁸⁰, através dos quais o TEDH desenvolveu uma visão bastante expansionista do que constitui matéria «penal»⁸¹. Esta interpretação ampla do conceito de matéria «penal» foi utilizada para submeter à competência do TEDH processos nacionais que, de outra forma, teriam ficado fora do âmbito do artigo 6.º da CEDH devido à sua qualificação, no direito nacional, como matérias administrativas.

103. Todavia, a conclusão de que a mesma abordagem abrangente, desenvolvida num determinado contexto para efeitos de determinação da competência nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, deve ser automaticamente aplicável a qualquer outro conceito de «penal» nos termos da CEDH, não é incontornável. Ainda assim, o TEDH afirmou que «o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 deve ser interpretado à luz dos princípios gerais relativos aos termos correspondentes de “acusação em matéria penal” e “pena” constantes dos artigos 6.º e 7.º [CEDH]»⁸². Voltou a confirmar esta abordagem no Acórdão A e B⁸³.

104. O Tribunal de Justiça seguiu esta orientação⁸⁴. Com efeito, tendo em conta o artigo 52.º, n.º 3, da Carta, dificilmente poderia ter feito outra coisa. No entanto, esta escolha inicial tem repercussões consideráveis no critério *idem* que deve seguir. À medida que cresce a lista dos diferentes processos administrativos e sanções consideradas penais, cresce também o leque de procedimentos e sanções que exigem a apreciação do *idem*. Em seguida, a menos que se aceite a conclusão de que tudo está incluído na proteção oferecida pelo princípio *ne bis in idem*, em algum momento deve fazer-se uma escolha: ou na fase da definição do que constitui «penal», ou na fase da definição do conceito de *idem*.

105. Afigura-se que, atualmente, é pouco provável que os critérios Engel sejam reapreciados. No entanto, tal significa que, a menos que qualquer segundo processo administrativo ou penal seja considerado inadmissível, independentemente dos diferentes fins ou objetivos que possa prosseguir, a definição de *idem* deve tornar-se mais exigente. Caso contrário, se a definição de *penal* e a definição de *idem* forem demasiado amplas, a maioria dos regimes administrativos paralelos dos Estados-Membros enfrentará problemas consideráveis em termos da sua aplicação, para não mencionar o facto de poderem ocorrer procedimentos administrativos paralelos em todos os Estados-Membros ou a nível da União.

106. Perante uma perspetiva tão problemática, afigura-se que o critério Menci pretendeu oferecer uma alternativa. Com efeito, deslocar a análise do artigo 50.º da Carta para o artigo 52.º, n.º 1, da Carta pode constituir, à primeira vista, uma forma elegante de contornar o dilema da definição de *idem* na aceção do artigo 50.º da Carta. Isto porque uma interpretação mais ampla (e, portanto, protetora) do conceito de *idem* é compensada pela possibilidade de restringir o direito consagrado no artigo 50.º da Carta. Desta forma, a regra que daí resulta consegue alcançar um equilíbrio. No entanto, após uma análise mais atenta, temo que isso crie mais problemas do que soluções.

⁸⁰ Acórdão do TEDH de 23 de novembro de 1976, Engel e o. c. Países Baixos (CE:ECHR:1976:1123JUD000510071, § 82).

⁸¹ V., por exemplo, Franssen, V., «La notion “pénale”: mot magique ou critère trompeur? Réflexions sur les distinctions entre le droit pénal et le droit quasi pénal» in Brach-Thiel, D. (ed), Existe-t-il encore un seul *non bis in idem* aujourd'hui?, L'Harmattan, Paris, 2017, pp. 57 a 91.

⁸² V., por exemplo, Acórdão do TEDH de 18 de outubro de 2011, Tomasi c. Croácia (CE:ECHR:2011:1018JUD005378509, § 19 e jurisprudência referida).

⁸³ Acórdão do TEDH de 15 de novembro de 2016, A e B c. Noruega (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, §§ 105 a 107).

⁸⁴ O Tribunal de Justiça adotou os critérios Engel no Acórdão de 5 de junho de 2012, Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319, n.º 37), e posteriormente no Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105).

107. Em primeiro lugar, e acima de tudo, pelo menos a meu ver, o próprio objetivo do artigo 50.º da Carta é proteger o particular do segundo processo. O artigo 50.º da Carta constitui um obstáculo. Se validamente acionado, impede que os outros processos *sejam sequer iniciados*⁸⁵. Este obstáculo deve ser definido *ex ante* e em termos normativos.

108. Contudo, segundo o critério estabelecido no Acórdão Menci⁸⁶, só depois de concluído o segundo processo será possível verificar se algumas das condições do critério foram preenchidas e, portanto, se o segundo processo é lícito ou não. Com efeito, é possível impedir a continuação de alguns dos «segundos» processos devido à inexistência de um objetivo de interesse geral ou de objetivos complementares prosseguidos. Todavia, desde que estes requisitos sejam satisfeitos, a proporcionalidade da limitação daí resultante depende das condições em que o segundo processo se terá lugar, incluindo a determinação da sanção.

109. Por outras palavras, a aplicação do princípio *ne bis in idem* deixa de se basear num critério *ex ante* definido em termos normativos. Em vez disso, passa a ser um critério *corretivo ex post*, podendo ou não ser aplicável, em função das circunstâncias e do número exato de sanções aplicadas. Tal não confere uma proteção contra a dupla penalização. Trata-se simplesmente de uma proteção *ex post* contra a desproporcionalidade de sanções conjugadas ou cumuladas.

110. Em segundo lugar, visto nesta perspetiva, estou bastante intrigado quanto à forma como o princípio *ne bis in idem*, assim concebido, é suscetível de continuar a proteger o próprio conteúdo essencial do direito consagrado no artigo 50.º da Carta. A explicação dada especificamente no Acórdão Menci⁸⁷ não esclarece melhor a questão. No seu acórdão, o Tribunal de Justiça afirmou simplesmente, de forma axiomática, que a regulamentação em causa «respeita o conteúdo essencial do artigo 50.º da Carta, uma vez que [...] apenas permite [o] cúmulo de procedimentos e de sanções em condições *limitativamente fixadas*»⁸⁸. Considero que esta afirmação está mais ligada à condição de legalidade da restrição em causa (a seguir «prevista na lei»). No que respeita ao conteúdo essencial dos direitos, tenho dificuldade em vislumbrar de que forma o conteúdo essencial do «*ne bis in idem*» é protegido por uma declaração clara e expressa no direito nacional de que haverá um segundo processo⁸⁹.

111. Em terceiro lugar, as vertentes de um critério que não se destina a uma proteção *ex ante*, mas antes a uma correção *ex post*, são necessariamente *circunstanciais*⁹⁰. Em especial, os elementos relativos à proporcionalidade parecem particularmente dependentes das circunstâncias, com a coordenação declarada entre processos, mas nem sempre exigida, e com a descrição do mecanismo que garante o montante global da sanção que enuncia vários elementos, sem, contudo, definir qualquer critério geral.

⁸⁵ Recentemente, o Tribunal de Justiça estava disposto a levar esse aspeto mais longe, ao ponto de impedir uma simples detenção provisória com vista a verificar se uma pessoa poderia ou não ser extraditada para ser sujeita a um segundo processo penal num país terceiro — v. Acórdão de 12 de maio de 2021, Bundesrepublik Deutschland (Alerta vermelho da Interpol) (C-505/19, EU:C:2021:376, n.ºs 72 a 82).

⁸⁶ Com as suas etapas individuais acima indicadas nos n.ºs 79 a 83 das presentes conclusões.

⁸⁷ Esse aspeto não é analisado no Acórdão de 20 de março de 2018, Di Puma e Zecca (C-596/16 e C 597/16, EU:C:2018:192).

⁸⁸ O sublinhado é meu. V. Acórdãos de 20 de março de 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 43), e Garlsson Real Estate e o. (C-537/16, EU:C:2018:193, n.º 45).

⁸⁹ À semelhança do advogado-geral M. Campos Sánchez-Bordona no processo Menci (C-524/15, EU:C:2017:667, n.º 82).

⁹⁰ Curiosamente, em vários outros contextos legislativos, incluindo à luz do artigo 325.º TFUE, o Tribunal de Justiça salientou repetidamente que o *âmbito* de uma disposição do direito da União deve ser apreciado de forma normativa e *ex ante* no que diz respeito a certos tipos de procedimentos nacionais. Este âmbito de aplicação não pode depender dos resultados *ex post* do procedimento em causa. Para uma discussão com referências adicionais a esse respeito, v. as minhas Conclusões nos processos apensos Ministerul Public — Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție — Direcția Națională Anticorupție e o. (C-357/19 e C-547/19, EU:C:2021:170, n.º 109 a 115).

112. Tal grau de circunstancialidade accidental no âmbito de uma proteção que é suposto ser igual para todos os particulares é mais uma vez surpreendente. Com efeito, processos que digam respeito a duas pessoas que se encontrem em situações muito semelhantes, e que sejam instaurados pelas mesmas autoridades, podem muito bem ser objeto de uma apreciação diferente em razão da celeridade do tratamento dado pelas autoridades ou em função das modalidades de cálculo da coima.

113. Em quarto lugar, o nível efetivo de proteção individual proporcionado pelo Acórdão Menci parece ser bastante reduzido. Considera-se salvaguardado o conteúdo essencial do direito a ser protegido contra um segundo processo penal pela mesma infração simplesmente porque a acusada poderia prever que seria submetida a ação judicial pela segunda vez⁹¹. Considera-se verificada a existência dos objetivos complementares prosseguidos com base no simples facto de e o processo penal, ao contrário do processo administrativo, incidir apenas sobre infrações «graves», aparentemente prossequindo, ao mesmo tempo, em grande parte o mesmo objetivo⁹². Talvez se possa presumir que alguns regimes paralelos são efetivamente suscetíveis de preencher um tal critério sem colocar problemas consideráveis.

114. Em quinto lugar, existe o requisito, estabelecido no Acórdão Menci, de que um cúmulo seja limitado ao estritamente necessário para a consecução do objetivo de interesse geral. Mais especificamente, devem existir regras que assegurem a coordenação dos procedimentos nacionais, a fim de reduzir ao estritamente necessário o encargo complementar que para as pessoas em causa resulta do cúmulo desses procedimentos. Com efeito, é possível compreender a lógica e o sentido desta sugestão, quando feita no âmbito de um processo penal e num único Estado-Membro⁹³.

115. No entanto, uma vez que a conjugação dos processos relevantes implica uma pluralidade de regimes administrativos paralelos e, mais importante, mais do que um Estado-Membro ou autoridades dos Estados-Membros e da União Europeia, então as sugestões quanto à conveniência de sistemas unitários podem rapidamente passar do plano das boas intenções para o campo da ficção científica.

116. A título acessório (ou melhor, realista), foram necessárias várias décadas para estabelecer um sistema integrado de direito da concorrência que reúna a Comissão e as ANC. Dito isto, apesar da identidade das regras a aplicar e da entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, continuam sem resposta várias questões de aplicação prática⁹⁴. Outros sistemas de tomada de decisão em paralelo, como o recentemente introduzido mecanismo de balcão único RGPD⁹⁵, deparam-se com consideráveis dificuldades em termos de atribuição de competência⁹⁶. Sendo esta a situação atual em sistemas específicos e expressamente regulamentados em toda a União Europeia, não é, desde logo, evidente de que forma poderia o nível de coordenação necessário ser razoavelmente previsto e alcançado em vários domínios do direito, no âmbito dos diversos organismos e em vários Estados-Membros.

⁹¹ *Supra*, n.º 80 das presentes conclusões.

⁹² *Supra*, n.º 81 das presentes conclusões.

⁹³ Sempre que tais sugestões tenham sido originalmente feitas no âmbito da CEDH — v. Acórdão do TEDH de 30 de julho de 1998, *Oliveira c. Suíça* (CE:ECHR:1998:0730JUD002571194, § 27), e mais recentemente no Acórdão do TEDH de 15 de novembro de 2016, *A e B c. Noruega* (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, § 130).

⁹⁴ V., a título ilustrativo, as minhas Conclusões no processo paralelo *Nordzucker*.

⁹⁵ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (JO 2016, L 119, p. 1) (a seguir «RGPD»).

⁹⁶ Conforme recentemente demonstrado no Acórdão de 15 de junho de 2021, *Facebook Ireland e o.* (C-645/19, EU:C:2021:483).

117. Em suma, todos estes elementos considerados em conjunto conduzem ao quadro geral bastante insatisfatório referido no início desta secção. A fim de talvez restabelecer algum equilíbrio, o Tribunal de Justiça decidiu no Acórdão Menci recorrer ao artigo 52.º, n.º 1, da Carta e à restrição de direitos. Ao fazê-lo, porém, paradoxalmente deparou-se com uma situação em que a própria essência do artigo 50.º da Carta se perdeu.

C. Solução proposta

118. Tendo exposto, na secção anterior, os problemas suscitados pelo atual regime, começarei por resumir brevemente os parâmetros que uma abordagem mais adequada deveria ter (1). Em seguida, abordarei a questão do interesse social ou jurídico protegido (2), antes de estabelecer um possível critério unificado para o princípio *ne bis in idem* nos termos do artigo 50.º da Carta (3). A seguir, ilustrarei melhor o funcionamento de um tal critério numa série de exemplos (4). Por último, debruçar-me-ei sobre o presente processo e a aplicação do critério proposto (5).

1. Parâmetros

119. Em primeiro lugar, o âmbito da proteção prevista no artigo 50.º da Carta deve ser determinável *ex ante*. Com efeito, o âmbito normativo de uma disposição do direito da União, em especial um direito fundamental, não pode depender de circunstâncias ou resultados incertos e, portanto, imprevisíveis de um determinado processo. Quando a aplicabilidade do artigo 50.º da Carta é definida *ex ante*, o *ne bis in idem* é suscetível de garantir que nenhum segundo processo ocorrerá, impedindo mesmo, se necessário, o seu início.

120. Em segundo lugar, em conformidade com o artigo 52.º, n.º 3, da Carta, o nível de proteção previsto no artigo 50.º da Carta não pode ser inferior ao previsto no artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da CEDH. Considero que tal não significa necessariamente que o critério concebido para obter um resultado compatível deva ser idêntico. Esse é o caso, *a fortiori*, em situações em que o critério deve ser ajustado a características específicas de um determinado sistema. O papel do Tribunal de Justiça consiste em fornecer orientação *ex ante* aos órgãos jurisdicionais nacionais sobre como aplicar o direito da União. Não lhe cabe, pelo menos no que respeita aos pedidos de decisão prejudicial, determinar *ex post* se uma Convenção foi ou não violada por uma Parte Signatária num determinado processo.

121. Em terceiro lugar, embora o critério aceite, como ponto de partida, um vasto leque daquilo que constitui matéria «penal»⁹⁷, deve garantir que não conduz a uma situação injusta especificamente no contexto jurídico composto da União Europeia. Um critério geral ao abrigo do artigo 50.º da Carta deve poder funcionar não apenas no interior de um Estado-Membro, mas também, ou mais importante, em toda a União Europeia, tanto no eixo horizontal (Estados-Membros — Estados-Membros), como vertical (Estados-Membros — União Europeia). Neste domínio complexo, deve ser restabelecido um equilíbrio razoável entre a proteção efetiva dos direitos dos particulares e os objetivos legítimos dos Estados-Membros ou da União no sentido de intentar ações penais por factos que afetam claramente vários interesses protegidos da sociedade.

⁹⁷ *Supra*, n.ºs 102 a 105 das presentes conclusões.

122. Por último, para todas as situações abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União ao abrigo do artigo 51.º, n.º 1, da Carta, nos termos do qual o artigo 50.º da mesma se torna aplicável, o critério deve ser o mesmo, pelo menos nos termos do artigo 50.º quando aplicado isoladamente. A este respeito, concordo efetivamente com a afirmação de que «[d]a importância decisiva do princípio *ne bis in idem* como princípio básico do direito da União, com o estatuto de um direito fundamental, decorre que o seu conteúdo não deve ser substancialmente diferente em função do ramo do direito em causa»⁹⁸. Evidentemente, tal não exclui a possibilidade de existirem regimes específicos no direito da União que proporcionam um nível de proteção mais elevado. No entanto, em caso de aplicação da Carta, o critério de base previsto no artigo 50.º deve ser o mesmo.

2. *Camaleão*

123. Convém começar pelo enunciado da disposição. O artigo 50.º, sob a epígrafe «Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo *delito*», dispõe que «[n]inguém 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»⁹⁹.

124. Esta formulação difere do artigo 54.º da CAAS, que utiliza a expressão «factos». Este último estipula que «[a]quele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma parte contratante não pode, pelos mesmos *factos*, ser submetido a uma ação judicial intentada por uma outra parte contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja atualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da parte contratante em que a decisão de condenação foi proferida»¹⁰⁰.

125. Um «delito» não é um «facto». A palavra «delito» tem um significado mais amplo. Refere-se, em geral, não só aos elementos factuais pertinentes, mas também à qualificação jurídica de determinados comportamentos tipificados, ou pelo menos aos efeitos negativos ou ao impacto que tal comportamento tem sobre os interesses que se considera serem dignos de proteção pela sociedade.

126. Quando um mesmo comportamento afeta diferentes interesses jurídicos ou sociais protegidos, muitas vezes resulta na prática de diferentes infrações (concurso ideal). A sanção que daí decorre tende a ser definida, em função do ordenamento jurídico nacional, com base em princípios específicos, cujo conteúdo essencial consiste em que as infrações cometidas sejam apreciadas de forma integrada¹⁰¹.

127. Em geral, tal não é possível quando as infrações cometidas dizem respeito a diferentes ramos do direito, cada um dos quais é controlado por uma autoridade reguladora diferente. Afirmar que, nestas condições, um segundo processo é sempre inadmissível porque incide sobre os mesmos factos impede, na verdade, que diferentes interesses jurídicos sejam prosseguidos em paralelo.

⁹⁸ Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2011:552, n.º 117).

⁹⁹ O sublinhado é meu.

¹⁰⁰ O sublinhado é meu.

¹⁰¹ V., igualmente, Conclusões do advogado-geral M. Campos Sánchez-Bordona no processo Menci (C-524/15, EU:C:2017:667, n.º 91 e nota 79).

128. Portanto, mais cedo ou mais tarde, chega-se logicamente à questão do interesse social ou jurídico protegido, para efeitos de distinção das situações em causa. É interessante ver que mesmo nos casos em que a abordagem *idem factum* foi respeitada, o conceito de interesse jurídico protegido efetivamente nunca deixou de existir. Tal como um pequeno camaleão, simplesmente adotou cores diferentes, colando-se aos diferentes pauzinhos ou ramos então disponíveis em cada linha de jurisprudência.

129. A única área do direito da União em que o conceito de interesse jurídico protegido desaparece verdadeiramente é a do artigo 54.º da CAAS e da Decisão-Quadro 2002/584. Em contrapartida, no direito da concorrência, a relevância do interesse jurídico protegido foi sempre confirmada. Mesmo os advogados-gerais, que sugeriram o abandono do interesse jurídico como critério distinto, acabaram por efetivamente sobrepor o seu conteúdo a uma amplamente definida «identidade dos factos»¹⁰². Do modo semelhante, no Acórdão Menci, a discussão sobre a diversidade dos interesses jurídicos protegidos foi simplesmente transferida para o título de diferentes objetivos de interesse geral e da complementaridade de objetivos prosseguidos¹⁰³.

130. No entanto, é na jurisprudência do TEDH que o conceito de interesse jurídico protegido demonstra verdadeiras qualidades camaleónicas. Em primeiro lugar, no período que precede o Acórdão Zolotukhin, a diferença no interesse jurídico prosseguido parecia estar abrangida pela definição de *idem*, pelo menos na maioria dos casos. Isto é particularmente bem ilustrado na jurisprudência do TEDH relativa aos demandantes que causaram acidentes de viação e aos quais foram aplicadas sanções penais e administrativas, consistindo estas últimas na apreensão da carta de condução. O TEDH admitiu a possibilidade de tal conjugação, apesar de a apreensão da carta de condução ser qualificada normalmente como uma sanção penal à luz do critério Engel¹⁰⁴. Em segundo lugar, é certo que o Acórdão Zolotukhin negou a pertinência da diferença no interesse jurídico. Em terceiro lugar, alguns anos mais tarde, no entanto, a diferença no interesse jurídico protegido foi reintroduzida uma vez mais de facto no Acórdão A e B. Desta vez, e tal como o Tribunal de Justiça fez posteriormente no Acórdão Menci, foi reconduzida nas considerações relativas aos objetivos complementares prosseguidos pelas legislações aplicadas nos dois processos em causa. Porém, ao contrário da abordagem do Tribunal de Justiça no Acórdão Menci, e no plano conceptual talvez um pouco surpreendentemente, a questão de saber se «diferentes processos prosseguem objetivos complementares e, assim, abordam [...] diferentes aspetos da conduta social lesiva envolvida» ressurgiu de forma súbita no âmbito da apreciação do critério *bis* e da questão suscitada no sentido de saber se existe (ou não) um vínculo material suficiente¹⁰⁵.

131. Não penso que se trate de uma coincidência. Uma vez tomada a decisão de permitir um segundo processo pelos mesmos factos, a fim de acomodar as vozes que exigem mais espaço para a aplicação da lei, ou simplesmente para aceitar a realidade de que todos os procedimentos, sejam no mesmo Estado-Membro ou *a fortiori* em vários, dificilmente serão procedimentos únicos, a atenção focada nos objetivos prosseguidos torna-se o único instrumento disponível para distinguir entre dois ou mais procedimentos. Uma vez que as condições relativas à

¹⁰² No já referido processo Toshiba (*supra*, n.º 47), a minha ilustre colega advogada-geral J. Kokott excluiu conceptualmente o interesse jurídico do conceito de *idem*. Apenas a unidade dos factos importa. No entanto, submeteu os efeitos (adversos) de um cartel e as consequências anticoncorrenciais que este causou aos factos do processo. Porém, se os efeitos (sociais) adversos (relativos aos interesses jurídicos protegidos) estiverem incluídos nos factos, será que a condição da unidade do interesse jurídico protegido realmente desapareceu de vista?

¹⁰³ *Supra*, n.º 81 das presentes conclusões.

¹⁰⁴ Acórdão do TEDH de 13 de dezembro de 2005, Nilsson c. Suécia (CE:ECHR:2005:1213DEC007366101, pp. 10 a 11). Em contraste, contudo, com o Acórdão do TEDH de 28 de outubro de 1999, Escoubet c. Bélgica (CE:ECHR:1999:1028JUD002678095, § 38).

¹⁰⁵ Acórdão do TEDH de 15 de novembro de 2016, A e B c. Noruega (CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, §§ 131 e 132).

proporcionalidade dependem claramente das circunstâncias específicas de cada caso, o conceito de objetivos complementares prosseguidos torna-se, a meu ver, o elemento central de qualquer análise normativa. Contudo, conforme já foi dito, este elemento é apenas uma outra forma de descrever a mesma ideia como sendo a que reside no âmago do conceito de interesse jurídico protegido.

3. Critério

132. Por todas estas razões, a minha proposta é bastante simples. Sugiro que o exame dos interesses jurídicos protegidos e, portanto, do objetivo prosseguido, faça parte da consideração do conceito de *idem*. É apenas este elemento que permite decidir normativamente, de forma clara e antecipada, as razões pelas quais um determinado comportamento é objeto de ação judicial em processos paralelos ou posteriores e permite determinar se o mesmo alegado infrator é novamente punido pelos mesmos motivos. A menos que um exame mais atento demonstre que os interesses jurídicos protegidos pelos dois quadros legislativos em questão são os mesmos, deveriam poder ser prosseguidos em paralelo, em vez de um deles ser de facto eliminado em consequência da aplicação dos critérios Engel e de um conceito *idem* em sentido amplo.

133. Por conseguinte, a apreciação do conceito de *idem* para efeitos do artigo 50.º da Carta deve basear-se numa *tripla identidade*: do infrator, dos factos relevantes, e do interesse jurídico protegido.

134. Em primeiro lugar, a condição relativa à identidade do infrator é bastante clara e, em qualquer caso, não contestada no presente processo.

135. Em segundo lugar, no que respeita aos factos relevantes, recorde que o que se exige, efetivamente, é a sua *identidade* e não uma simples «semelhança». Naturalmente com a ressalva de que pode acontecer que o processo subsequente diga respeito apenas a uma parte dos factos (temporal, material) tidos em conta no processo anterior. No entanto, o aspeto fundamental é que, na medida em que os dois conjuntos de factos realmente se sobrepõem, deve haver identidade no âmbito dessa sobreposição.

136. Em terceiro lugar, o que é um interesse jurídico protegido? É o benefício para a sociedade ou valor social que um determinado quadro legislativo ou parte dele deve proteger e defender. É esse benefício ou valor que a infração em questão prejudica ou com o qual interfere.

137. A distinção feita entre os diferentes interesses jurídicos protegidos a um nível bastante específico está bem estabelecida nos termos do direito penal ou do direito administrativo. Aí, um código nacional enumera normalmente os interesses ou valores que cada ilícito penal viola (infrações que atentem contra a vida, a integridade física, os bens, ou o Estado, e assim por diante). Essa distinção pode, com efeito, tornar-se muito mais complicada em vários domínios paralelos da administração pública, bem como no âmbito das jurisdições e domínios regulamentares nacionais.

138. Pode, no entanto, sublinhar-se que o interesse jurídico protegido *não* é idêntico ao perfil objetivo de uma infração, tal como definido no direito nacional. É apenas um dos seus elementos, definido a um nível superior de abstração. A identificação do interesse ou valor jurídico que se pretende proteger através da penalização de determinados atos no direito nacional é um ponto de partida natural. No entanto, não é de forma nenhuma decisiva.

139. A definição de interesse jurídico protegido apreciada para efeitos do artigo 50.º da Carta não pode reproduzir qualificações e especificidades jurídicas nacionais. Em termos práticos, um Estado-Membro não pode escapar ao alcance do princípio *ne bis in idem* simplesmente introduzindo infrações bastante invulgares na sua ordem jurídica nacional. Nestas situações, para efeitos da aplicação do *ne bis in idem*, o bem jurídico efetivamente protegido deve ser reafirmado, à luz dos factos do delito alegadamente cometido, ao nível adequado de abstração. De certa forma, este esforço é semelhante à apreciação da dupla incriminação em diversos sistemas de cooperação judiciária em matéria penal. Do mesmo modo, a esse respeito, a descrição exata e os factos devem ser «deslocalizados» do contexto legislativo nacional específico¹⁰⁶.

140. Pode-se tomar o exemplo das infrações que atentam contra a vida e a integridade física de outras pessoas. Com efeito, se a agressão violenta a outra pessoa resultar na sua morte, para identificar o interesse jurídico protegido pouco importa se a respetiva legislação nacional tipifica esse ato, tendo em conta as circunstâncias factuais específicas, como homicídio, homicídio por negligência ou simplesmente lesões corporais graves causadoras de morte. O cerne da questão é que, com uma ação violenta contra outro ser humano (identidade do facto), o mesmo agressor (identidade do infrator) prejudicou o mesmo tipo de interesse jurídico protegido, ou seja, a vida e a integridade corporal de outra pessoa (identidade do interesse legal protegido).

141. Tal exemplo exige uma observação final. O conceito de interesse jurídico protegido por uma regra específica e o objetivo que essa regra prossegue são suscetíveis de ser, na prática, mutuamente transitórios. Trata-se de dois elementos que se referem ao mesmo problema — o objeto e a finalidade de uma determinada regra.

4. Exemplos

142. O funcionamento e a operacionalidade da interpretação sugerida do *idem* para efeitos do artigo 50.º da Carta podem ser ilustrados através dos seguintes três exemplos.

143. Em primeiro lugar, existe o cenário de dois processos penais em dois Estados-Membros diferentes relativos à mesma infração, mas cujos elementos territoriais ou impacto podem ter caráter transfronteiriço. Poderíamos chamá-lo cenário van Esbroeck. No entanto, num tal cenário (a exportação ilícita de estupefacientes de um Estado e a sua importação imediata para outro, possivelmente através dos mesmos factos), seria de supor que o interesse jurídico protegido em punir esses mesmos factos nos dois Estados é efetivamente o mesmo: a proteção da sociedade e da saúde pública contra estupefacientes. Assim, longe de ser irrelevante em tais cenários, a identidade efetiva dos interesses jurídicos protegidos em ambos os processos impediria o posterior processo pelos mesmos factos noutra Estado-Membro.

144. Em segundo lugar, existe o cenário Menci. Diz respeito à cumulação de processos penais e administrativos no mesmo Estado-Membro, que os critérios Engel transformaram numa conjugação de dois processos penais. O segundo processo poderá ser admitido se a legislação aplicável proteger outro interesse jurídico, como a efetiva cobrança de impostos no âmbito do processo administrativo e a sanção da prática de um crime relacionado com as finanças públicas.

145. Contudo, o problema conceptual em tais cenários, por exemplo no contexto do IVA, é a existência do que se pode qualificar de «excedente de sanção administrativa». Isto verifica-se em situações em que a administração (fiscal) não se limita a pedir os montantes não pagos,

¹⁰⁶ Para um exemplo concreto e um debate circunstanciado, v. as minhas Conclusões no processo Grundza (C-289/15, EU:C:2016:622).

eventualmente acrescidos de juros, mas aplica adicionalmente uma coima (nomeadamente uma coima, uma sobretaxa, etc.). É devido a este excedente que os processos administrativos passam habitualmente a ter natureza «penal» segundo os critérios Engel.

146. O processo subsequente, aplicando tal «excedente», foi considerado não problemático no Acórdão Menci, mas julgado inadmissível nos Acórdãos Garlsson e Di Puma. A distinção entre os objetivos prosseguidos e os interesses jurídicos protegidos em tais cenários não será um exercício fácil. Na medida em que uma determinada regra administrativa visa não só obter o pagamento do que é devido (com eventuais juros de mora), mas também aplica uma coima de carácter punitivo, os respetivos âmbitos de aplicação das regras penais e administrativas sobrepõem-se no que se refere aos objetivos prosseguidos.

147. Esta ideia parece estar bem ilustrada no Acórdão Menci. Nesse processo o Tribunal de Justiça reconheceu a legalidade do processo penal posterior. Tendo estabelecido que a conjugação das regras administrativas e penais em questão visa o objetivo de interesse geral, nomeadamente a cobrança do IVA devido, o Tribunal de Justiça referiu ainda que «pode justificar-se um cúmulo de procedimentos e de sanções de natureza penal quando estes visem, [...], finalidades complementares que tenham por objeto, se for caso disso, aspetos diferentes da mesma conduta ilícita em causa»¹⁰⁷. Embora o Tribunal de Justiça tenha deixado esse exercício ao órgão jurisdicional de reenvio, acrescentou ainda que «parece legítimo que um Estado-Membro pretenda, por um lado, dissuadir e punir [...] aplicando sanções administrativas [...] e, por outro, dissuadir e punir incumprimentos graves destas regras, que são particularmente nefastos para a sociedade e que justificam a adoção de sanções penais mais graves»¹⁰⁸.

148. Em contrapartida, no Acórdão Garlsson, o Tribunal de Justiça observou que a prossecução de processos administrativos *após* uma condenação em processo penal «excede o estritamente necessário para a realização do objetivo» de proteger a integridade dos mercados financeiros da União Europeia e a confiança do público nos instrumentos financeiros¹⁰⁹. Um raciocínio semelhante, apontando o carácter excessivo da pena, foi utilizado no Acórdão Di Puma, que tinha por objeto uma absolvição num processo penal anterior e um posterior procedimento administrativo pelos mesmos factos relativos ao abuso de informação privilegiada¹¹⁰.

149. Seja à luz do artigo 52.º, n.º 1, da Carta, ou do âmbito da proteção prevista no artigo 50.º da Carta, em ambos os cenários o que é fundamental é a diferença entre os interesses jurídicos protegidos ou os objetivos complementares prosseguidos. Considero que a única distinção conceptual que pode, efetivamente, ser feita é entre os diferentes objetivos e fundamentos (e, portanto, interesses jurídicos) prosseguidos na recuperação da quantia devida, por um lado, e na punição e dissuasão, por outro. No entanto, quando o procedimento fiscal/administrativo passa a punir para além da recuperação de montantes com juros, ou o processo penal procura também a recuperação de quaisquer somas devidas, então a diferença conceptual entre os dois simplesmente desaparece e, pelo menos a meu ver, é efetivamente acionada a proibição da repetição do processo nos termos do *ne bis in idem*.

150. Nestas situações, que são suscetíveis de ser circunscritas a um único Estado-Membro, também se justifica perfeitamente pedir a esse Estado-Membro que coordene os respetivos procedimentos. Logicamente, é, em primeiro lugar, provável que uma administração tributária

¹⁰⁷ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 44).

¹⁰⁸ *Ibid.*, n.º 45.

¹⁰⁹ Acórdão de 20 de março de 2018, Garlsson Real Estate e o. (C-537/16, EU:C:2018:193, n.ºs 46 e 59).

¹¹⁰ Acórdão de 20 de março de 2018, Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16, EU:C:2018:192, n.ºs 43 e 44).

proceda a inquéritos e processos por evasão fiscal. Se a evasão fiscal constatada atingir uma certa gravidade ou limiar, a natureza do inquérito e do processo pode muito bem mudar, de meramente administrativa para penal. Cabe a cada Estado-Membro organizar a relação exata entre os dois processos, com a ressalva de que, no final, não se verifique uma situação em que tanto a administração fiscal como o juiz penal punem os mesmos factos com sanções de natureza penal.

151. Em terceiro lugar, existe o cenário dos processos administrativos paralelos ou subsequentes em diferentes Estados-Membros, em que a natureza penal desses processos é determinada com base nos critérios Engel. Estas situações podem surgir no âmbito de um mesmo regime regulamentar na União Europeia (como concorrência, proteção de dados, etc.), mas também podem surgir em relação aos mesmos factos, que são objeto de ações judiciais ao abrigo de quadros regulamentares diferentes por autoridades diferentes¹¹¹. É, nomeadamente, nestas situações que deve colocar-se a questão da identidade do interesse jurídico protegido. Por outro lado, tais situações são, em termos práticos, frequentemente suscetíveis de ficar aquém da identidade dos factos, tendo em conta a territorialidade da infração, conforme explicado, por exemplo, no contexto do direito da concorrência pela advogada-geral J. Kokott nas suas Conclusões no processo Toshiba¹¹², e desenvolvido nas minhas Conclusões no processo paralelo Nordzucker.

5. *Presente processo*

152. O presente processo diz respeito a dois processos administrativos, qualificados *a priori* como penais à luz dos critérios Engel, e instaurados num único Estado-Membro. Representa, assim, uma variante do terceiro cenário *supra*, limitada ao mesmo Estado-Membro. Alternativamente, poderia também ser visto como uma variante do cenário Menci: está situado no mesmo Estado-Membro, mas implica dois processos penais, não devido à sua conceção original nacional, mas devido aos critérios Engel.

153. O processo setorial no IBPT baseava-se na legislação nacional de transposição da Diretiva 97/67. Esta diretiva, ao impor obrigações de não discriminação e transparência, visa introduzir progressivamente condições de mercado no setor dos serviços postais. Foi posteriormente instaurado o processo em matéria de concorrência. Dizia respeito à aplicação da proibição do abuso de posição dominante que pretende proteger a livre concorrência.

154. Importa referir que o TEDH em princípio já reconheceu a infração de abuso de posição dominante como sendo de natureza penal para efeitos de aplicação da vertente penal do artigo 6.º da CEDH¹¹³. Existe, evidentemente, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça segundo a qual o *ne bis in idem* se aplica no domínio do direito da concorrência da União¹¹⁴.

155. Não parece ter sido feita tal apreciação no que respeita às infrações regulamentares às obrigações de não discriminação e transparência dos prestadores de serviços postais. No entanto, o pressuposto inicial do órgão jurisdicional de reenvio, e de todas as partes intervenientes, parece

¹¹¹ V., neste contexto, por exemplo, o processo C-252/21 atualmente pendente, Facebook e o., suscitando, entre outras, a questão da competência de uma autoridade nacional da concorrência do Estado-Membro diferente do Estado-Membro do local do estabelecimento principal de uma empresa, critério normalmente decisivo para a atribuição de competência à autoridade nacional de proteção de dados no âmbito do RGPD.

¹¹² Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2011:552, n.ºs 130 e 131).

¹¹³ Acórdão do TEDH de 27 de setembro de 2011, Menarini Diagnostics S.R.L. c. Itália (CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, § 440).

¹¹⁴ *Supra*, n.ºs 43 a 52 das presentes conclusões.

ser de que os critérios Engel também se encontram preenchidos no que diz respeito a esta infração. Procederei, portanto, também com base nessa presunção, mas observando, no entanto, que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se é esse efetivamente o caso.

156. A identidade do infrator parece estar estabelecida. No que diz respeito à identidade dos factos, observo que várias partes intervenientes expressaram algumas dúvidas a este respeito. Além disso, as questões do órgão jurisdicional de reenvio estão formuladas de forma bastante questionável, partindo do princípio de que, para que o critério da identidade dos factos seja satisfeito, basta que existam «factos semelhantes».

157. Volto a salientar que os factos abrangidos por ambos os processos em causa devem sobrepor-se para que seja preenchida a identidade dos factos. Não é suficiente que os factos sejam meramente semelhantes. Esta questão deve ser verificada pelo órgão jurisdicional de reenvio para demonstrar que ambos os processos se baseiam efetivamente nos mesmos factos materiais entendidos como um conjunto de circunstâncias específicas e indissociavelmente ligadas¹¹⁵. Se, e na medida, em que não houver identidade de fatos, a proteção sob *ne bis in idem* não pode ser acionada.

158. Por fim, há a identidade do interesse jurídico protegido, que, juntamente com a identidade do infrator e dos fatos, pode equivaler ao conceito de *idem* em termos da mesma infração. O direito da concorrência aplicado no segundo processo, e em especial a infração cometida no âmbito desse regime regulamentar, protege os mesmos interesses jurídicos que a infração pertinente ao abrigo da legislação do mercado postal aplicada no processo setorial?

159. O processo setorial baseava-se no artigo 144.º-B da Lei de 21 de março de 1991 que reforma certas empresas públicas económicas, que impunha aos prestadores do serviço postal universal várias obrigações de não discriminação e transparência na adoção e aplicação dos seus sistemas tarifários. Neste contexto, o IBPT afirmou expressamente na sua decisão que não estava a avaliar se o comportamento da bpost cumpria as regras de concorrência da União ou nacionais, especialmente porque não tinha competência para o fazer.

160. Conforme explicou o Governo belga na audiência, o objetivo prosseguido pelo regulamento postal em causa era a liberalização do mercado interno para os serviços postais. A proibição da discriminação e a obrigação de transparência devem enquadrar o comportamento das entidades que foram no passado monopólios. Esse objetivo é, em princípio, limitado no tempo. A regulação setorial baseia-se na premissa de que o mercado de serviços postais será transformado progressivamente de forma a abranger, em última instância, as condições do mercado livre.

161. No que diz respeito ao processo em matéria de concorrência, o órgão jurisdicional de reenvio explica que a autoridade belga da concorrência não penalizou a bpost por falta de transparência ou por quaisquer práticas discriminatórias. Aplicou o direito da concorrência nacional e da União para penalizar as práticas anticoncorrenciais da bpost. Como observou o órgão jurisdicional de reenvio, confirmado também pelo Governo belga na audiência, o objetivo desta legislação é proteger a concorrência no mercado interno, proibindo os operadores económicos de abusar da sua posição dominante. Segundo a Autoridade da Concorrência belga, as práticas da bpost eram suscetíveis de ter um efeito de exclusão dos intermediários e eventuais concorrentes da bpost, por um lado, e um efeito de fidelização dos maiores clientes da bpost que aumentariam as barreiras à entrada no setor de distribuição, por outro.

¹¹⁵ Acórdão de 20 de março de 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 35).

162. Assim, afigura-se que, sem prejuízo de verificação por parte do órgão jurisdicional de reenvio, ambas as infrações imputadas sucessivamente nos processos setoriais e da concorrência parecem estar ligadas à proteção de um interesse jurídico diferente e a uma regulamentação que prossegue um objetivo diferente. Em primeiro lugar, em termos do interesse jurídico protegido, a obtenção da liberalização de determinados mercados anteriormente monopolistas obedece a uma lógica diferente da proteção contínua e horizontal da concorrência. Em segundo lugar, isso também é evidente no que diz respeito às consequências indesejáveis que a punição de cada uma das infrações pretender evitar. Se o objetivo é liberalizar um setor, os eventuais danos causados à concorrência a montante ou a jusante não constituem necessariamente um problema que o quadro regulamentar setorial deva abordar. Em contrapartida, um abuso de posição dominante que resulte numa distorção da concorrência a montante ou a jusante da empresa dominante constitui efetivamente um motivo de preocupação para as regras da concorrência.

163. Antes de concluir, gostaria de salientar que, no caso em apreço, muito se argumentou sobre a necessidade de preservar o critério do interesse jurídico *especificamente* no direito da concorrência. Com exceção da bpost, todas as partes que apresentaram observações sublinham que abandonar esse critério corre o risco de privar o direito da concorrência de toda a sua eficácia.

164. Atendendo ao critério proposto nas presentes conclusões, esta questão é discutível. Gostaria, no entanto, de salientar que a relação exata e as consequências do critério proposto, aplicado no domínio específico do direito da concorrência, reside no cerne das minhas Conclusões apresentadas no processo paralelo Nordzucker. Portanto, uma discussão mais aprofundada a este respeito pode ser encontrada nessas conclusões. Na presente conjuntura, gostaria simplesmente de recordar que, no que diz respeito às condições de aplicação do artigo 50.º da Carta, o direito da concorrência não difere, de um ponto de vista estrutural, de nenhum dos outros domínios abrangidos pelo direito da União. Portanto, em linha com a abordagem sugerida nas presentes conclusões, a consideração relativa ao interesse jurídico deve fazer parte da apreciação de qualquer *idem* nos termos do artigo 50.º da Carta, sujeito a um regime específico, como no artigo 54.º da CAAS.

165. Por todas estas razões, sugiro que o princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 50.º da Carta não se oponha a que uma autoridade administrativa competente de um Estado-Membro aplique uma coima por violação do direito da concorrência da União e nacional, quando a mesma pessoa já foi definitivamente absolvida em processo anterior instaurado pelo regulador postal nacional por uma alegada violação da legislação postal, desde que, em geral, os processos subsequentes sejam diferentes, quer quanto à identidade do infrator, quer quanto aos factos relevantes, ou quanto ao interesse jurídico protegido cuja salvaguarda é prosseguida pelos respetivos instrumentos legislativos em causa nos respetivos processos.

V. Conclusão

166. Proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pela cour d'appel de Bruxelles (Tribunal de Recurso de Bruxelas, Bélgica) da seguinte forma:

- O princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não se opõe a que a autoridade administrativa competente de um Estado-Membro aplique uma coima por infração ao direito da União ou nacional, desde que os processos subsequentes pendentes nessa autoridade sejam diferentes dos anteriormente instaurados, quer quanto à identidade do infrator, quer quanto aos factos relevantes, quer quanto ao interesse jurídico protegido cuja salvaguarda é prosseguida pelos respetivos instrumentos legislativos em causa nos respetivos processos.