Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

19 de novembro de 2020 *

«Reenvio prejudicial — Cidadania da União — Artigo 21.º TFUE — Direito de livre circulação e residência no território dos Estados-Membros — Incriminação penal que visa especificamente o rapto internacional de menor — Restrição — Justificação — Proteção da criança — Proporcionalidade»

No processo C-454/19,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de Primeira Instância de Heilbronn, Alemanha), por Decisão de 11 de junho de 2019, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 14 de junho de 2019, no processo penal contra

ZW,

sendo interveniente:

Staatsanwaltschaft Heilbronn,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: M. Vilaras, presidente de secção, N. Piçarra, D. Šváby, S. Rodin e K. Jürimäe (relatora), juízes,

advogado-geral: G. Hogan,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação de ZW, por M. Ehninger, Rechtsanwalt,

– em representação do Governo alemão, por J. Möller, M. Hellmann, U. Bartl e D. Klebs, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão Europeia, por E. Montaguti e M. Wilderspin, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 4 de junho de 2020,

profere o presente

* Língua do processo: alemão.

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 21.º TFUE e da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO 2004, L 158, p. 77, e retificações no JO 2004, L 229, p. 35, e no JO 2005, L 197, p. 34).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um processo penal instaurado contra ZW pelo crime de rapto de menor.

Quadro jurídico

Convenção de Haia de 1980

3 A Convenção sobre os Aspetos Civis do Rapto Internacional de Crianças, celebrada em 25 de outubro de 1980, em Haia (a seguir «Convenção de Haia de 1980»), tem por objeto, nomeadamente, em conformidade com o seu artigo 1.º, alínea a), «assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas ou retidas em qualquer Estado Contratante».

4 Os artigos 12.º e 13.º desta convenção preveem as regras aplicáveis em caso de transferência ou de retenção ilícitas de uma criança e destinadas a assegurar o seu regresso imediato.

5 A Convenção de Haia de 1980 entrou em vigor em 1 de dezembro de 1983. Todos os Estados-Membros da União Europeia são partes contratantes na convenção.

Direito da União

6 Nos termos dos considerandos 2, 17, e 21 do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (JO 2003, L 338, p.1):

> «(2) O Conselho Europeu de Tampere aprovou o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais como pedra angular da criação de um verdadeiro espaço judiciário e identificou o direito de visita como uma prioridade.
>
> […]
>
> (17) Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas de uma criança, deve ser obtido sem demora o seu regresso; para o efeito, deverá continuar a aplicar-se a Convenção de Haia de 25 de outubro de 1980, completada pelas disposições do presente regulamento, nomeadamente o artigo 11.º Os tribunais do Estado-Membro para o qual a criança tenha sido deslocada ou no qual tenha sido retida ilicitamente devem poder opor-se ao seu regresso em casos específicos devidamente justificados. Todavia, tal decisão deve poder ser substituída por uma decisão posterior do tribunal do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da deslocação ou da retenção ilícitas. Se esta última decisão implicar o regresso da criança, este deverá ser efetuado sem necessidade de qualquer procedimento específico para o reconhecimento e a execução da referida decisão no Estado-Membro onde se encontra a criança raptada.
>
> […]

(21) O reconhecimento e a execução de decisões proferidas num Estado-Membro têm por base o princípio da confiança mútua e os fundamentos do não reconhecimento serão reduzidos ao mínimo indispensável.»

Direito alemão

7 O § 25 do Strafgesetzbuch (Código Penal), sob a epígrafe «Determinação do autor da infração», estabelece:

«(1) É punido como autor quem comete uma infração penal por si próprio ou através de outrem.

(2) Se a infração penal for praticada em conjunto por várias pessoas, cada uma delas será punida como autor (coautor).»

8 O § 235 do Código Penal, sob a epígrafe «Rapto de menores», dispõe, nos seus n.os 1 e 2:

«(1) É punido com pena privativa da liberdade até cinco anos ou com multa quem subtrair ou retiver ilicitamente:

1. um menor de 18 anos, com recurso à violência, a ameaça com mal importante ou a um ardil, ou

2. uma criança, sem ser seu familiar, aos seus progenitores, a um dos progenitores, ao tutor ou ao curador.

(2) É também punido quem subtrair uma criança aos progenitores, a um dos progenitores, ao tutor ou ao curador

1. com o objetivo de a deslocar para o estrangeiro; ou

2. a retiver ilicitamente no estrangeiro, depois de para aí ter sido deslocada ou para aí se ter dirigido.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

9 ZW, nacional romena, é mãe de AW, filho menor nascido na Roménia. ZW está separada do pai da criança, cidadão romeno que vive na Roménia. Nos termos do direito romeno, ambos os progenitores são conjuntamente titulares do poder paternal relativamente a AW.

10 Em 2009, ZW instalou-se na Alemanha. O filho juntou-se a ela posteriormente.

11 Em março de 2013, devido a perturbações de comportamento, o menor foi colocado num centro de apoio à juventude com o acordo dos seus progenitores.

12 Por Despacho de 14 de novembro de 2014, o Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de Primeira Instância de Heilbronn, Alemanha) retirou aos progenitores do menor, nomeadamente, o direito de determinar a residência deste e confiou esse direito a um curador, no âmbito de uma delegação parcial do poder paternal, denominada «curatela para proteção complementar» (*Ergänzungspflegeschaft*). Após o insucesso de várias colocações sucessivas do menor em diferentes instituições de acolhimento, este regressou a casa de ZW com autorização deste curador.

13 Por ofício de 3 de agosto de 2017, o Jugendamt Heilbronn (Serviço de Juventude da Cidade de Heilbronn, Alemanha) solicitou que o poder paternal fosse devolvido a ZW. Por razões não esclarecidas, ainda não foi dado seguimento a esse pedido.

14 No início do mês de dezembro de 2017, o pai levou o menor para a Roménia, onde ambos vivem atualmente. ZW deu o seu acordo quanto a essa deslocação, sem, no entanto, estar definido se este acordo incidiu sobre uma única visita durante o período de Natal de 2017 ou sobre um regresso duradouro do menor à Roménia. Nem o Jugendamt Heilbronn (Serviço de Juventude da Cidade de Heilbronn) nem o curador foram previamente informados desta deslocação.

15 Uma vez que o curador apresentou queixa contra os progenitores do menor devido a essa deslocação, ZW foi acusada no Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de Primeira Instância de Heilbronn) da coautoria do crime de rapto de menores, na aceção das disposições conjugadas do § 25, n.º 2, e do § 235, n.º 2, ponto 2, do Código Penal.

16 Esse órgão jurisdicional interroga-se sobre a compatibilidade do § 235 do Código Penal com o direito da União. Com efeito, por um lado, a aplicação desta disposição pode parecer uma restrição injustificada à liberdade de circulação dos cidadãos da União. Por outro lado, esta disposição opera uma diferença de tratamento entre os nacionais alemães e os nacionais dos outros Estados-Membros, uma vez que estes últimos são tratados da mesma maneira que os nacionais de países terceiros. A este respeito, a incriminação penal que figura no § 235, n.º 2, ponto 2, do Código Penal, que criminaliza os raptos internacionais de crianças, é mais ampla do que a incriminação penal que figura no § 235, n.º 1, ponto 1, deste código, que criminaliza os raptos de crianças retidas no território alemão, e é suscetível de afetar mais os cidadãos da União nacionais de outros Estados-Membros do que a República Federal da Alemanha.

17 Por último, o referido órgão jurisdicional pergunta-se sobre se, em caso de incompatibilidade do § 235 do Código Penal com o direito da União, e devido ao primado do direito da União, é obrigado a afastar a aplicação desta disposição no processo principal.

18 Foi nestas condições que o órgão jurisdicional de reenvio decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve o direito primário e/ou derivado da União, em particular a Diretiva [2004/38], que garante aos cidadãos da União um amplo direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, ser interpretado no sentido de que também abrange as normas penais nacionais?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: a interpretação do direito primário e/ou derivado da União impede a aplicação de uma norma penal nacional que pune a retenção de um menor no estrangeiro, subtraindo-o ao seu curador, se a disposição não diferencia entre Estados[-Membros] da União […] e [países] terceiros?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à admissibilidade

19 O Governo alemão invoca a inadmissibilidade das questões prejudiciais, considerando que não são pertinentes para a resolução do litígio no processo principal. Segundo este Governo, os factos imputados a ZW, única arguida no processo principal, não têm nenhuma ligação com o exercício do direito de livre circulação reconhecido a ZW, uma vez que esta não abandonou, e nem sequer tentou abandonar, o território alemão. Na medida em que as dúvidas do órgão jurisdicional de reenvio a respeito da compatibilidade do § 235 do Código Penal com o direito da União se baseiam em situações factuais que pressupõem uma deslocação de ZW para outro Estado-Membro, as mesmas resultam, assim, de considerações hipotéticas e alheias ao litígio no processo principal.

20 A este respeito, importa salientar que, segundo jurisprudência constante, o procedimento instituído pelo artigo 267.º TFUE é um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, graças ao qual o primeiro fornece aos segundos os elementos de interpretação do direito da União que lhes são necessários para a resolução do litígio que lhes cabe decidir (Acórdão de 6 de setembro de 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, n.º 18 e jurisprudência aí referida).

21 No âmbito desta cooperação, o juiz nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão judicial a tomar, tem competência exclusiva para apreciar, tendo em conta as especificidades do processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que submete ao Tribunal de Justiça. Consequentemente, desde que as questões colocadas digam respeito à interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se (Acórdão de 6 de setembro de 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, n.º 19 e jurisprudência referida).

22 Daqui resulta que as questões relativas à interpretação do direito da União submetidas pelo juiz nacional no contexto factual e regulamentar que define sob sua responsabilidade, e cuja exatidão não compete ao Tribunal de Justiça verificar, beneficiam de uma presunção de pertinência. O Tribunal de Justiça só pode recusar pronunciar-se sobre uma questão prejudicial submetida por um órgão jurisdicional nacional se for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe são submetidas (Acórdão de 6 de setembro de 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, n.º 20 e jurisprudência referida).

23 No caso em apreço, por um lado, importa recordar que uma cidadã da União, como ZW, nacional de um Estado-Membro, que se deslocou para outro Estado-Membro, fez uso da sua liberdade de circulação, pelo que a sua situação está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União (v., neste sentido, Acórdãos de 26 de fevereiro de 2015, Martens, C-359/13, EU:C:2015:118, n.º 22, e de 13 de novembro de 2018, Raugevicius, C-247/17, EU:C:2018:898, n.º 27 e jurisprudência referida).

24 Por outro lado, resulta inequivocamente dos elementos expostos pelo órgão jurisdicional de reenvio que o § 235, n.º 2, ponto 2, do Código Penal, cuja compatibilidade com o direito da União esse órgão jurisdicional põe em dúvida, constitui a base legal dos procedimentos penais instaurados, no processo principal, contra ZW enquanto coautora do rapto internacional do seu filho. A este respeito, como resulta do n.º 16 do presente acórdão, o órgão jurisdicional de reenvio explicou em pormenor as razões pelas quais considera que é necessária uma resposta às questões prejudiciais para lhe permitir decidir o litígio no processo principal.

25 Nestas circunstâncias, não se afigura manifesto que a interpretação solicitada do direito da União não tenha nenhuma relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal. Por consequência, o pedido de decisão prejudicial é admissível.

Quanto ao mérito

26 Com as suas questões prejudiciais, que importa tratar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o direito da União deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação de uma legislação de um Estado-Membro por força da qual o facto de um progenitor não entregar ao curador designado o seu filho, que se encontra noutro Estado-Membro, é passível de sanções penais, mesmo não havendo recurso à violência, à ameaça com um mal importante ou a um ardil, sendo que, quando o menor se encontre no território em causa, esse mesmo facto apenas é punível em caso de recurso à violência, à ameaça com um mal importante ou a um ardil.

Observações preliminares

27 Na medida em que o órgão jurisdicional de reenvio se interroga quanto à compatibilidade de uma disposição penal nacional com o direito da União, cumpre recordar que, ainda que, em princípio, a legislação penal e as regras de processo penal sejam da competência dos Estados-Membros, segundo jurisprudência constante, o direito da União impõe limites a essa competência. Com efeito, disposições legislativas penais nacionais não podem operar uma discriminação relativamente a pessoas a quem o direito da União confere o direito à igualdade de tratamento nem restringir as liberdades fundamentais garantidas pelo direito da União (v., neste sentido, Acórdãos de 2 de fevereiro de 1989, Cowan, 186/87, EU:C:1989:47, n.º 19, e de 26 de fevereiro de 2019, Rimšēvičs e BCE/Letónia, C-202/18 e C-238/18, EU:C:2019:139, n.º 57). Quando tal disposição for incompatível com o princípio da igualdade de tratamento ou uma das liberdades fundamentais garantidas pelo direito da União, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio, encarregado de, no âmbito da sua competência, aplicar as disposições do direito da União e garantir a sua plena eficácia, deixar de aplicar a referida disposição (v., neste sentido, Acórdão de 28 de abril de 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, n.º 61 e jurisprudência referida).

28 Além disso, na medida em que, com as suas questões, o órgão jurisdicional de reenvio se interroga quanto à interpretação do direito da União, sem visar uma disposição específica deste, importa salientar que, em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o artigo 21.º TFUE comporta não apenas o direito de circular e de residir livremente no território dos Estados-Membros mas também uma proibição de qualquer discriminação em razão da nacionalidade (v., neste sentido, Acórdão de 8 de junho de 2017, Freitag, C-541/15, EU:C:2017:432, n.º 31 e jurisprudência referida).

29 Consequentemente, importa examinar as questões suscitadas pelo órgão jurisdicional de reenvio à luz apenas desta disposição.

Quanto à existência de uma restrição à livre circulação dos cidadãos da União

30 Há que recordar que uma legislação nacional desfavorável a certos cidadãos nacionais de um Estado-Membro, pelo simples facto de estes terem exercido o seu direito de livre circulação e permanência noutro Estado-Membro, constitui uma restrição às liberdades reconhecidas no artigo 21.º, n.º 1, TFUE a qualquer cidadão da União (v., neste sentido, Acórdãos de 14 de outubro de 2008, Grunkin e Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, n.º 21; de 26 de fevereiro de 2015, Martens, C-359/13, EU:C:2015:118, n.º 25 e jurisprudência referida; e de 8 de junho de 2017, Freitag. C-541/15, EU:C:2017:432, n.º 35).

31 No caso em apreço, o § 235 do Código Penal prevê, no seu n.º 1, ponto 1, a aplicação de uma pena privativa de liberdade que pode ir até cinco anos ou uma multa a quem subtrair ou não entregar aos progenitores, a um dos progenitores, ao tutor ou ao curador uma pessoa com idade inferior a 18 anos, com recurso a violência, a ameaça com um mal importante ou a um ardil, e, no seu n.º 2, ponto 2, a aplicação da mesma pena a quem não entregar aos progenitores, a um dos progenitores, ao tutor ou ao curador um menor que se encontre no estrangeiro depois de para aí ter sido deslocado ou para aí se ter dirigido.

32 Segundo as explicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, decorre nomeadamente do § 235 do Código Penal que o simples facto de um progenitor não entregar o seu filho ao curador titular do direito de fixar o lugar de residência do menor é passível de uma sanção penal por força do n.º 2, ponto 2, deste artigo, no caso de o progenitor reter o menor noutro Estado-Membro da União, da mesma forma que se o retiver num país terceiro, e tal mesmo não havendo recurso à violência, à ameaça com um mal importante ou a um ardil. Em contrapartida, quando o menor é retido no

território alemão, só em caso de recurso à violência, à ameaça com um mal importante ou a um ardil é que o facto de um progenitor não entregar o menor ao curador é passível de sanção penal nos termos do n.º 1, ponto 1, do referido artigo.

33 O § 235 do Código Penal faz, assim, uma distinção consoante o menor seja retido, pelo seu progenitor, no território alemão ou fora deste, nomeadamente noutro Estado-Membro da União. Esta distinção baseia-se apenas na circunstância de o menor ser deslocado do território alemão para o de outro Estado-Membro da União.

34 Ora, na medida em que diz respeito à hipótese de um menor retido num Estado-Membro diferente da República Federal da Alemanha, a incriminação específica que figura no § 235, n.º 2, ponto 2, do Código Penal é suscetível de afetar, de facto, principalmente os cidadãos da União nacionais de outros Estados-Membros que exerceram a sua liberdade de circulação e de residência e residem na Alemanha. Com efeito, mais do que os nacionais alemães, esses cidadãos são suscetíveis de deslocar ou de enviar o seu filho para outro Estado-Membro e de aí o reter, em especial para o seu Estado-Membro de origem, nomeadamente quando regressam a este último Estado.

35 Daqui resulta que, como salientou, em substância, o advogado-geral no n.º 27 das suas conclusões, o § 235, n.º 2, ponto 2, do Código Penal estabelece uma diferença de tratamento que é suscetível de afetar, ou mesmo de restringir, a liberdade de circulação dos cidadãos da União, na aceção do artigo 21.º TFUE.

Quanto à justificação da restrição

36 Em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma restrição à livre circulação dos cidadãos da União que, como no processo principal, é independente da nacionalidade das pessoas em causa pode ser justificada se se basear em considerações objetivas de interesse geral e se for proporcionada ao objetivo legitimamente prosseguido pela legislação nacional em causa. Uma medida é proporcional quando, sendo adequada à realização do objetivo prosseguido, não vai além do necessário para o alcançar [Acórdãos de 5 de junho de 2018, Conan e o., C-673/16, EU:C:2018:385, n.º 41 e jurisprudência referida, e de 25 de julho de 2018, A (Assistência a pessoa com deficiência), C-679/16, EU:C:2018:601, n.º 67].

37 No caso em apreço, o Governo alemão expôs, nas suas observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça, que a incriminação específica que figura no § 235, n.º 2, ponto 2, do Código Penal se destina a proteger o direito ao poder paternal e os direitos da criança, bem como a prevenir e lutar contra os raptos internacionais de crianças, tendo em conta as dificuldades práticas em obter o regresso de uma criança retida no estrangeiro, incluindo quando esta se encontra noutro Estado-Membro.

38 Mais especificamente, resulta da exposição de motivos relativa ao § 235 do Código Penal, para a qual este Governo remete, que essa incriminação foi introduzida devido às dificuldades em executar, noutro Estado, uma decisão judicial alemã relativa à guarda de menores, bem como à gravidade de qualquer rapto internacional, em especial quando o menor tenha sido deslocado para um Estado pertencente a uma área cultural diferente (*Staat eines anderen Kulturkreises*) e quando o seu regresso imediato não possa ser obtido.

39 Por conseguinte, há que considerar que estes motivos estão intrinsecamente ligados à proteção da criança e dos seus direitos fundamentais.

40 Ora, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a proteção da criança constitui um interesse legítimo suscetível de justificar, em princípio, uma restrição a uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado FUE (v., neste sentido, Acórdão de 14 de fevereiro de 2008, Dynamic Medien, C-244/06, EU:C:2008:85, n.º 42). O mesmo sucede com a proteção dos direitos fundamentais da criança, como consagrados no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

41 Os fundamentos invocados pelo Governo alemão resultam, portanto, de considerações objetivas de interesse geral, na aceção da jurisprudência recordada no n.º 36 do presente acórdão.

42 Resulta igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que não é indispensável que as medidas restritivas adotadas pelas autoridades de um Estado-Membro para proteger os direitos da criança correspondam a uma conceção partilhada pela totalidade dos Estados-Membros no que respeita ao nível e às modalidades desta proteção. Podendo esta conceção variar de um Estado-Membro para outro, de acordo com considerações, nomeadamente, de ordem moral ou cultural, há que reconhecer aos Estados-Membros uma certa margem de apreciação. Embora seja certo que, na falta de harmonização na União, lhes cabe apreciar a que nível tencionam assegurar a proteção do interesse em causa, não é menos verdade que esse poder de apreciação deve ser exercido no respeito das obrigações que decorrem do direito da União e, designadamente, das exigências recordadas no n.º 36 do presente acórdão (v., neste sentido, Acórdão de 14 de fevereiro de 2008, Dynamic Medien, C-244/06, EU:C:2008:85, n.ºs 44 a 46).

43 A este respeito, uma incriminação penal destinada a punir o rapto internacional de menores, incluindo quando este seja imputável a um progenitor, é, em princípio, apta a assegurar, nomeadamente devido ao seu efeito dissuasivo, a proteção das crianças contra esses raptos e a garantia dos seus direitos. A aplicação da disposição que prevê essa incriminação prossegue, além disso, o objetivo de luta contra esses raptos no interesse da proteção das crianças.

44 Tal incriminação penal não deve, todavia, ir além do que é necessário para atingir o objetivo legítimo que prossegue.

45 Ora, sem prejuízo de verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, afigura-se que o legislador alemão considera que a proteção da criança e dos seus direitos face ao risco de rapto não exige que o seu rapto por um progenitor esteja abrangido, em princípio e em qualquer caso, por um comportamento penalmente censurável. Com efeito, enquanto o rapto internacional de um menor pelo seu progenitor é passível, enquanto tal, de uma sanção penal, com base no § 235, n.º 2, ponto 2, do Código Penal, o mesmo não acontece com o rapto de um menor pelo seu progenitor quando este é retido no território alemão, uma vez que tal ato só dá lugar a sanção penal, em conformidade com o § 235, n.º 1, ponto 1, do Código Penal, em caso de recurso à violência, à ameaça com um mal importante ou a um ardil.

46 É certo que resulta dos elementos dos autos de que dispõe o Tribunal de Justiça que a incriminação específica que figura no § 235, n.º 2, ponto 2, do Código Penal, bem como o nível reforçado de proteção da criança que esta disposição institui, assentam na consideração de que, em caso de deslocação do menor para fora do território alemão, o seu regresso a esse território e ao titular do direito de guarda colidiria, tal como o reconhecimento das decisões judiciais alemãs, com dificuldades práticas.

47 Todavia, há que considerar que uma incriminação penal que preveja que o simples facto de um progenitor ou dos dois progenitores de um menor retido noutro Estado-Membro não o entregar ao outro progenitor, ao tutor ou ao curador de um menor dá lugar a sanções penais mesmo que não se recorra à violência, à ameaça com um mal importante ou a um ardil vai além do necessário para alcançar o objetivo prosseguido, num contexto em que o facto de reter um menor no território do Estado-Membro em causa dá lugar a sanções penais mesmo que não se recorra à violência, à ameaça com um mal importante ou a um ardil.

48 Com efeito, uma argumentação baseada, em substância, na presunção segundo a qual é impossível ou excessivamente difícil obter o reconhecimento, noutro Estado-Membro, de uma decisão judicial relativa à guarda de um menor e, em caso de rapto internacional de um menor, o seu regresso imediato equivale a equiparar os Estados-Membros a Estados terceiros e violaria as regras e o espírito do Regulamento n.º 2201/2003.

49 Este regulamento baseia-se, como resulta dos seus considerandos 2 e 21, no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais, pedra angular da criação de um verdadeiro espaço judiciário, bem como no princípio da confiança mútua. Segundo jurisprudência constante, este último princípio impõe a cada um dos Estados-Membros que considerem, salvo circunstâncias excecionais, que todos os restantes Estados-Membros respeitam o direito da União e, em especial, os direitos fundamentais reconhecidos por esse direito [v., neste sentido, Parecer 2/13, de 18 de dezembro de 2014, EU:C:2014:2454, n.º 191, e Acórdão de 25 de julho de 2018, Minister for Justice and Equality (Falhas do sistema judiciário), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, n.º 36].

50 À luz das considerações precedentes, há que responder às questões submetidas que o artigo 21.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação de uma legislação de um Estado-Membro por força da qual o facto de um progenitor não entregar ao curador designado o seu filho que se encontra noutro Estado-Membro é passível de sanções penais, mesmo não havendo recurso à violência, à ameaça com um mal importante ou a um ardil, ao passo que, quando o menor se encontre no território do primeiro Estado-Membro, esse mesmo facto apenas é punível em caso de recurso à violência, à ameaça com um mal importante ou a um ardil.

Quanto às despesas

51 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) declara:

O artigo 21.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação de uma legislação de um Estado-Membro por força da qual o facto de um progenitor não entregar ao curador designado o seu filho que se encontra noutro Estado-Membro é passível de sanções penais, mesmo não havendo recurso à violência, à ameaça com um mal importante ou a um ardil, ao passo que, quando o menor se encontre no território do primeiro Estado-Membro, esse mesmo facto apenas é punível em caso de recurso à violência, à ameaça com um mal importante ou a um ardil.

Assinaturas