Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GERARD HOGAN
apresentadas em 4 de junho de 2020[1]

Processo C-454/19

Staatsanwaltschaft Heilbronn
contra
ZW

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de Primeira Instância de Heilbronn, Alemanha)]

«Pedido de decisão prejudicial — Artigo 18.º TFUE — Artigo 21.º TFUE — Cidadania da União — Direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União no território dos Estados-Membros — Diretiva 2004/38/CE — Artigo 27.º — Crime de rapto de menor — Menor sob a guarda de um tutor legal — Progenitor com inibição parcial do seu poder paternal que transfere o menor para o estrangeiro sem consentimento prévio do tutor legal»

I. Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 18.º e 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[2].

2. Este pedido foi apresentado no quadro de um processo penal contra ZW, acusada da coautoria de um crime de rapto de menor, sendo o menor em causa seu filho.

3. As questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio dizem novamente respeito ao alcance do direito à livre circulação dos cidadãos da União. A resposta dada pelo Tribunal de Justiça permitirá igualmente precisar, no contexto específico do rapto de menores, o alcance do artigo 27.º da Diretiva 2004/38, que autoriza os Estados-Membros a restringir a livre circulação por razões de ordem pública.

1 Língua original: inglês.

2 JO 2004, L 158, p. 77; retificações no JO 2004, L 229, p. 35, e no JO 2005, L 197, p. 34.

II. Quadro jurídico

A. Direito internacional

4. O artigo 12.º da 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»), prevê:

«Quando uma criança tenha sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do artigo 3.º e tiver decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da deslocação ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respetiva deverá ordenar o regresso imediato da criança.

[…]»

B. Direito da União

1. Diretiva 2004/38

5. O artigo 27.º da Diretiva 2004/38 é a primeira disposição do capítulo VI, com a epígrafe «Restrições ao direito de entrada e ao direito de residência por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública». Esta disposição prevê o seguinte:

«1. Sob reserva do disposto no presente capítulo, os Estados-Membros podem restringir a livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias, independentemente da nacionalidade, por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública. Tais razões não podem ser invocadas para fins económicos.

2. As medidas tomadas por razões de ordem pública ou de segurança pública devem ser conformes com o princípio da proporcionalidade e devem basear-se exclusivamente no comportamento da pessoa em questão. A existência de condenações penais anteriores não pode, por si só, servir de fundamento para tais medidas.

O comportamento da pessoa em questão deve constituir uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade. Não podem ser utilizadas justificações não relacionadas com o caso individual ou baseadas em motivos de prevenção geral.

[…]»

2. Regulamento (CE) n.º 2201/2003

6. Os considerandos 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[3] têm a seguinte redação:

«(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

3 JO 2003, L 338, p. 1.

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.»

7. O artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003 está incluído na secção 4, com a epígrafe «Força executória de certas decisões em matéria de direito de visita e de certas decisões que exigem o regresso da criança». Segundo este artigo:

«1. O regresso da criança referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 40.º, resultante de uma decisão executória proferida num Estado-Membro é reconhecido e goza de força executória noutro Estado-Membro sem necessidade de qualquer declaração que lhe reconheça essa força e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento, se essa decisão tiver sido homologada no Estado-Membro de origem, nos termos do n.º 2.

Mesmo se a legislação nacional não previr a força executória de pleno direito de uma decisão que exija o regresso da criança previsto no n.º 8 do artigo 11.º, o tribunal pode declarar a força executória da decisão, não obstante qualquer recurso.

2. O juiz de origem que pronunciou a decisão referida na alínea b) do n.º 1 do artigo 40.º só emite a certidão referida no n.º 1, se:

a) A criança tiver tido oportunidade de ser ouvida, exceto se for considerada inadequada uma audição, tendo em conta a sua idade ou grau de maturidade;

b) As partes tiverem tido a oportunidade de ser ouvidas; e

c) O tribunal, ao pronunciar-se, tiver tido em conta a justificação e as provas em que assentava a decisão pronunciada ao abrigo do artigo 13.º da Convenção de Haia de 1980.

Se o tribunal ou qualquer outra autoridade tomarem medidas para garantir a proteção da criança após o seu regresso ao Estado-Membro onde reside habitualmente, essas medidas deverão ser especificadas na certidão.

O juiz de origem emite a referida certidão, por sua própria iniciativa, utilizando o formulário constante do anexo IV (certidão relativa ao regresso da criança).

A certidão é redigida na língua da decisão.»

C. Direito alemão

8. O § 25 do Strafgesetzbuch (Código Penal alemão, a seguir «StGb») prevê que:

«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).»

9. O § 235 do StGB estabelece o seguinte:

«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. a fim 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[.]

3) Nos casos do n.º 1, ponto 2 e do n.º 2, ponto 1 a tentativa é punível.

4) É aplicável uma pena privativa de liberdade de um a dez anos, se o autor:

1. com a prática da infração penal, colocar a vítima em perigo de morte ou de grave dano para a saúde ou para o desenvolvimento físico ou psíquico, ou

2. cometer a infração penal a troco de pagamento ou com a intenção de obter enriquecimento para si ou para terceiro.

5) Se, com a prática da infração penal, o seu autor causar a morte da vítima, a pena privativa de liberdade não será inferior a três anos.

6) Nos casos menos graves do n.º 4 é aplicável uma pena privativa de liberdade de seis meses a cinco anos, nos casos menos graves do n.º 5 uma pena privativa de liberdade de um a dez anos.

7) Nos casos dos n.ºs 1 a 3 o procedimento criminal por rapto de menor depende de queixa, a não ser que a autoridade competente considere ser necessário intervir *ex officio*, devido a especiais razões de interesse público.»

III. Matéria de facto do processo principal

10. O presente caso tem origem num processo penal instaurado na Alemanha contra ZW, uma cidadã romena residente na Alemanha, por rapto internacional do seu próprio filho, AW.

11. AW, de nacionalidade romena, reside com a sua mãe na Alemanha desde 2009. Os progenitores de AW estão separados e o seu pai, cidadão romeno, vive na Roménia. Devido a problemas comportamentais do menor, o mesmo foi colocado, com o acordo dos progenitores, num centro de apoio à juventude em março de 2013. Por despacho de um juiz alemão em 2014, foi nomeadamente retirado aos progenitores o direito de decidir o lugar de residência do menor, o qual foi confiado a um curador especial denominado «Ergänzungspfleger» (a seguir «curador especial») ao abrigo de uma delegação parcial do poder paternal denominada «Ergänzungspflegschaft» (tutela destinada a proteção suplementar).

12. Em dezembro de 2017, depois de ter regressado para casa da sua mãe pelo facto de várias colocações em diferentes centros de apoio à juventude terem falhado, AW foi levado para a Roménia pelo seu pai, com o consentimento da sua mãe. AW reside atualmente nesse país. Uma vez que os progenitores não informaram o curador especial, a quem pertence o direito de decidir o lugar de residência do menor, o curador especial apresentou queixa contra os progenitores por coautoria de um rapto internacional de menor. A mãe é arguida no processo principal.

13. O órgão jurisdicional de reenvio esclarece que, por força do § 235, n.º 2, do StGB, o rapto internacional de menores (em violação do direito do curador especial de decidir o lugar de residência do menor) é punível com pena privativa da liberdade até cinco anos ou com multa, independentemente do facto de o menor estar retido noutro Estado-Membro da União ou num país terceiro. Por outro lado, se o rapto for cometido em território nacional, o mesmo só é punível ao abrigo do StGB se a pessoa em questão subtrair ou retiver o menor com recurso à violência, a ameaça com mal importante ou a um ardil.

14. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em primeiro lugar, se uma norma penal como a que está em causa no processo principal está abrangida pelo direito da União e, em caso afirmativo, se a mesma é compatível com esse direito.

IV. Pedido de decisão prejudicial e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

15. É nestas circunstâncias que, por decisão de 11 de junho de 2019, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 14 de junho de 2019, o Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de Primeira Instância de Heilbronn, Alemanha) 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/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 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 da União Europeia e Estados terceiros?»

16. O Governo alemão e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. Devido à pandemia do Covid-19, a audiência agendada para 25 de março de 2020 foi cancelada. Em contrapartida, por decisão de 17 de março de 2020, as questões para resposta oral enviadas às partes antes da audiência foram convertidas em questões para resposta escrita. ZW, o Governo alemão e a Comissão acederam a este pedido e responderam a essas questões no prazo fixado pelo Tribunal de Justiça. Todos tiveram, portanto, oportunidade de se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pela decisão prejudicial.

V. Análise

A. Admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

17. Nas suas observações escritas, o Governo alemão considera inadmissíveis as questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Segundo o Governo alemão, as questões submetidas não têm relação concreta e direta com o objeto do litígio que o órgão jurisdicional de reenvio é chamado a decidir. Considero, todavia, que o pedido de decisão prejudicial é admissível.

18. A este respeito, poder-se-ia começar por recordar que, segundo jurisprudência assente, o processo 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 foi submetido. No quadro desta cooperação, compete exclusivamente ao juiz nacional a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, tendo em conta as circunstâncias específicas de cada processo, apreciar tanto a necessidade de uma decisão prejudicial que lhe permita proferir a sua decisão como a pertinência das questões que submete ao Tribunal de Justiça. Assim, desde que as questões submetidas sejam relativas à interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se. 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 um pedido formulado por um órgão jurisdicional nacional quando 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 não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe são submetidas [4].

19. No caso em apreço é pacífico que ZW, nacional de um Estado-Membro, concretamente a Roménia, que se deslocou para outro Estado-Membro, isto é, a Alemanha, exerceu o seu direito de livre circulação. Por conseguinte, a sua situação é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União e, pelo menos, pelos artigos 18.º e 21.º TFUE [5].

20. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio expôs cabalmente as razões pelas quais considera que, para decidir o litígio que lhe foi submetido, há que analisar se o direito da União se opõe à aplicação de uma disposição penal como aquela com base na qual foi chamado a pronunciar-se.

21. Nessas circunstâncias, considero que o pedido de decisão prejudicial deve ser julgado admissível.

B. Primeira questão

22. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se as normas penais nacionais podem ser abrangidas pelo direito da União e, em especial, pela Diretiva 2004/38.

23. A resposta a esta questão é afirmativa. Na verdade, embora, em princípio, a legislação penal e as regras de processo penal sejam, em larga medida, abrangidas pela responsabilidade dos Estados-Membros, é jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que o direito da União impõe limites à competência dos Estados-Membros nesta matéria. Com efeito, esta competência dos Estados-Membros deve ser exercida não só no respeito das liberdades fundamentais garantidas pelo direito da União mas também de todo o direito da União, em especial do direito primário [6]. Tais disposições legislativas em matéria de direito penal não podem prever discriminações relativamente às pessoas a quem o direito da União confere o direito à igualdade de tratamento, nem restringir as liberdades fundamentais garantidas pelo direito da União [7].

4 V., neste sentido, Acórdãos de 6 de setembro de 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, n.os 18 a 20), e de 23 de janeiro de 2019, M.A. e o. (C-661/17, EU:C:2019:53, n.os 48 a 50).

5 V., neste sentido, Acórdão de 13 de novembro de 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, n.º 27).

6 V., neste sentido, Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, Rimšēvičs e BCE/Letónia (C-202/18 e C-238/18, EU:C:2019:139, n.º 57).

7 V., neste sentido, Acórdãos de 2 de fevereiro de 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, n.º 19); de 24 de novembro de 1998, Bickel e Franz (C-274/96, EU:C:1998:563, n.º 17); e de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, n.os 53 e 54).

C. Segunda questão

24. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o direito da União, mais precisamente o princípio da não discriminação e da livre circulação consagrados nos artigos 18.º e 21.º TFUE, e explicitados pela Diretiva 2004/38, 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 diferenciar entre Estados da União Europeia e Estados terceiros.

25. Gostaria de esclarecer, a título preliminar, que as circunstâncias específicas do processo principal — a saber, o facto de o direito de decidir sobre o lugar de residência do menor ser exercido por um terceiro e de, assim sendo, o processo penal ser potencialmente dirigido contra os seus dois progenitores — não têm qualquer influência na interpretação do direito da União solicitada. Com efeito, a situação das pessoas contra quem tenha sido instaurado um procedimento criminal é igual no que respeita aos requisitos de aplicação da norma penal.

1. Existe uma diferença de tratamento e/ou uma restrição à liberdade de circulação?

26. Em primeiro lugar, é evidente que a legislação em causa diferencia entre a situação que ocorre no território nacional e a que implica a deslocação de um menor para outro país. Neste último caso, a simples deslocação para, ou retenção, no estrangeiro de um menor, subtraindo-o a um ou a ambos os progenitores ou ao seu tutor ou curador, é suficiente para dar lugar a uma sanção penal.

27. Nessas circunstâncias, parece-me que não é a mera decisão em matéria de poder paternal, mas antes o risco de um processo penal, que é realmente suscetível de dissuadir um cidadão da União de deixar o Estado-Membro de acolhimento onde reside e regressar ao seu Estado-Membro de origem com o seu filho, quando essa pessoa não tiver o direito de decidir o lugar de residência do menor. Como tal, esta diferença de tratamento e os seus efeitos são suscetíveis de afetar, ou mesmo de restringir, a liberdade de circulação dos cidadãos da União em causa na aceção do artigo 21.º TFUE [8].

28. Segundo jurisprudência assente, tal restrição só pode ser justificada se se basear em considerações objetivas e se for proporcionada ao objetivo legitimamente prosseguido pelo direito nacional [9]. Todavia, por uma questão de exaustividade e uma vez que a Comissão se baseia nesse argumento, proponho que se examine, em primeiro lugar, se a medida em causa pode ser justificada ao abrigo da derrogação por razões de ordem pública prevista no artigo 27.º da Diretiva 2004/38.

2. Artigo 27.º da Diretiva 2004/38 e derrogação por razões de ordem pública

29. O artigo 27.º da Diretiva 2004/38 autoriza os Estados-Membros a restringir a liberdade de circulação e de residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias, independentemente da nacionalidade, por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública. Independentemente da questão de saber se a luta contra o rapto de menores subjacente à legislação nacional em apreço pode ser considerada uma razão de ordem pública, não me parece que uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal esteja abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 27.º da Diretiva 2004/38.

30. Com efeito, tanto uma interpretação sistemática como teleológica confirmam que o âmbito de aplicação do artigo 27.º da Diretiva 2004/38 está limitado, por um lado, às restrições ao direito de entrada *stricto sensu* e, por outro, às medidas de afastamento.

8 V., neste sentido, Acórdãos de 6 de setembro de 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, n.os 32 e 33); de 13 de novembro de 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, n.os 28 e 30); e de 13 de junho de 2019, TopFit e Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, n.os 44 e 47).

9 V., neste sentido, Acórdãos de 6 de setembro de 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, n.º 34); de 13 de novembro de 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, n.º 31); e de 13 de junho de 2019, TopFit e Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, n.º 48).

31. Quanto à interpretação sistemática, nomeadamente quanto ao quadro normativo em que esta disposição se insere, importa salientar que o artigo 27.º da Diretiva 2004/38 é a primeira disposição do capítulo VI dessa mesma diretiva, com a epígrafe «*Restrições ao direito de entrada e ao direito de residência* por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública» [10]. Além disso, o próprio artigo 27.º tem por epígrafe «Princípios gerais», o que significa que estes princípios são desenvolvidos pelas disposições que se seguem. Contudo, todas essas disposições do capítulo VI dizem apenas respeito à proteção contra o afastamento (artigo 28.º — Proteção contra o afastamento; artigo 32.º — Duração da proibição de entrada no território; e artigo 33.º — Afastamento a título de sanção ou de medida acessória), o tipo de doenças suscetíveis de impedir a entrada no território de um Estado-Membro ou justificar o afastamento (artigo 29.º) e as garantias processuais contra qualquer decisão adotada nos termos do artigo 27.º da diretiva (artigo 30.º — Notificação das decisões; e artigo 31.º — Garantias processuais). A maior parte — senão todas — destas disposições processuais visam expressamente apenas as decisões de afastamento.

32. No que diz respeito à questão da interpretação teleológica, os considerandos 22 a 27 da Diretiva 2004/38 são particularmente elucidativos. Em primeiro lugar, após ter recordado que o Tratado permite restrições ao exercício do direito de livre circulação e residência por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública, o considerando 22 prevê que, «[a] fim de assegurar uma definição mais precisa das condições e das garantias processuais sob as quais *pode ser recusada a entrada ou decidido o afastamento* dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias, a presente diretiva deverá substituir a Diretiva 64/221/CEE do Conselho, 25 de fevereiro de 1964, para a coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública» [11], que dizia respeito apenas ao afastamento. Em segundo lugar, todos os outros considerandos relativos ao capítulo VI da Diretiva 2004/38 dizem respeito apenas ao afastamento (considerandos 23, 24, e 27) ou à recusa de entrada noutro Estado-Membro (considerandos 25 e 26).

33. Por conseguinte, à luz das considerações que precedem, considero que uma disposição como a que está em causa no processo principal, que não proíbe nem a entrada de um cidadão da União noutro Estado-Membro nem o seu afastamento, mas que tem «unicamente» por consequência afetar ou restringir a sua livre circulação, não está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 27.º da Diretiva 2004/38. Por outras palavras, só a recusa de entrada ou o afastamento (e as medidas que são *diretamente discriminatórias*) podem ser justificadas com base numa das três derrogações expressas previstas no Tratado e depois enunciadas especificamente no capítulo VI da Diretiva 2004/38 [12].

34. Em qualquer caso, sugiro que, caso o Tribunal de Justiça não siga esta interpretação do artigo 27.º da Diretiva 2004/38, deverá considerar que uma legislação como a que está em causa no processo principal não cumpre as exigências desta diretiva. Com efeito, como o Tribunal de Justiça tem sublinhado consistentemente, o artigo 27.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2004/38 estabelece expressamente que «[n]ão podem ser utilizadas [justificações] baseadas em motivos de *prevenção geral*» [13].

35. Na minha opinião, a disposição nacional em causa no processo principal constitui uma medida de prevenção geral. Com efeito, o próprio Governo alemão esclareceu, nas suas observações escritas, que o § 235, n.º 2 do StGB contribui *preventivamente* para garantir o princípio segundo o qual o direito de guarda deser exercido, regra geral, no local de residência habitual inicial do menor [14]. Neste

10 Sublinhado nosso.

11 JO 1964, 56, p. 850. Diretiva com a última redação que lhe foi dada pela Diretiva 75/35/CEE do Conselho, de 17 de dezembro de 1974 (JO 1975, L 14, p. 14). Sublinhado nosso.

12 V., neste sentido, Barnard, C., e Peers, S., *European Union Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2017, pp. 402-403.

13 Sublinhado nosso. V., neste sentido, Acórdãos de 10 de julho de 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, n.º 24); de 17 de novembro de 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, n.º 34); e de 4 de outubro de 2012, Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, n.º 41).

14 N.º 76 das observações escritas do Governo alemão. Em conformidade com este primeiro objetivo, o Governo alemão invoca igualmente o objetivo de garantir que o rapto de menores não afeta a competência do tribunal da residência habitual do menor.

contexto, é evidente que a disposição nacional em causa constitui um ato de aplicação geral a situações determinadas objetivamente e produz efeitos em relação a pessoas consideradas de modo geral e abstrato, a fim de as dissuadir de comportamentos julgados contrários ao interesse da sociedade e, em especial, dos menores. Como tal, essa disposição constitui uma medida de prevenção geral e não pode, assim, estar abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 27.º da Diretiva 2004/38.

36. Contudo, obviamente, a restrição à livre circulação pode ser justificada se se basear em considerações objetivas e se for proporcionada ao objetivo legitimamente prosseguido pelo direito nacional [15]. É sobre esta questão que nos debruçaremos em seguida.

3. Considerações objetivas suscetíveis de justificar a restrição e a proporcionalidade da legislação nacional em causa

37. Como indicado *supra*, o Governo alemão argumenta que a sua legislação se fundamenta na vontade de garantir que o direito de guarda seja, regra geral, exercido no local de residência habitual inicial do menor. Além disso, este Governo afirma que tal legislação visa, de forma mais ampla, proteger tanto os direitos inerentes ao poder paternal como os dos menores [16]. A Comissão subscreve este ponto de vista, esclarecendo que o objetivo da medida em causa é prevenir e, em última análise, se necessário, punir, os raptos internacionais de menores, objetivo que é legítimo e, por conseguinte, justificável à luz da ordem pública.

38. Dado que estes objetivos estão intrinsecamente ligados aos direitos fundamentais do menor, sou de opinião que devem ser considerados objetivos legítimos na perspetiva do direito da União [17].

39. Com efeito, como o Tribunal de Justiça já reconheceu, um desses direitos fundamentais do menor é o direito, enunciado no artigo 24.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, cuja observância se confunde incontestavelmente com o interesse superior de qualquer criança. A este respeito, há que concluir que a deslocação ilícita de um menor, na sequência de uma decisão unilateral de um dos seus progenitores, priva esse menor, na maior parte dos casos, da possibilidade de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com o outro progenitor [18].

40. À luz destas observações, pode igualmente salientar-se que a Convenção de Haia de 1980, posteriormente complementada pelo Regulamento n.º 2201/2003, foi também adotada tendo especialmente em consideração que os interesses do menor são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda. Assim, importa proteger o menor dos efeitos prejudiciais resultantes de uma deslocação ou retenção internacional ilícita e estabelecer as formas que garantam o regresso imediato desse menor ao Estado da sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita [19].

41. Nessas circunstâncias, uma legislação nacional que visa, *inter alia*, impedir a deslocação ou a retenção ilícitas de menores prossegue incontestavelmente um objetivo legítimo à luz do direito da União.

15 V. jurisprudência referida na nota n.º 9.

16 N.os 75 e 76 das observações escritas do Governo alemão.

17 Algumas pessoas argumentam mesmo, mais genericamente, que qualquer elemento ligado à proteção da família constitui um objetivo legítimo (v., neste sentido, Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bruxelas, 2017, n.º 258, p. 260).

18 V., neste sentido, Acórdão de 23 de dezembro de 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, n.os 54 e 56).

19 V., neste sentido, Acórdão de 11 de julho de 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, n.os 48, 51 e 53).

42. Medidas restritivas de uma liberdade fundamental como a prevista no artigo 21.º TFUE só podem, todavia, ser justificadas por considerações objetivas se forem necessárias à proteção dos interesses que visam garantir e apenas se esses objetivos não puderem ser alcançados através de medidas menos restritivas [20].

43. Neste contexto, duvido francamente que uma medida como a legislação em causa no processo principal possa ser considerada objetivamente necessária. Embora esta medida tenha sido adotada a fim de garantir o seu objetivo declarado de tratar os processos de deslocação ou de retenção ilícitas, é surpreendente que comportamentos semelhantes ocorridos no território nacional não sejam penalizados da mesma forma. Por outro lado, tal como referido *supra*, o próprio legislador da União adotou igualmente o Regulamento n.º 2201/2003 a fim de dissuadir os raptos de menores entre Estados-Membros e, em caso de rapto, obter o regresso da criança sem demora [21]. Além disso, este regulamento, que perfilha a conceção segundo a qual o superior interesse da criança deve prevalecer [22], institui o princípio do reconhecimento mútuo das decisões proferidas nos Estados-Membros. Este princípio baseia-se, por sua vez, como resulta do considerando 21 do Regulamento n.º 2201/2003, no princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros [23].

44. É certo que está agora claramente estabelecido que este princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros tem, no direito da União, uma importância fundamental, dado que permite a criação e a manutenção de um espaço sem fronteiras internas. Segundo jurisprudência assente, este princípio impõe, designadamente no que respeita ao espaço de liberdade, segurança e justiça, que cada um dos Estados-Membros considere, salvo em circunstâncias excecionais, que todos os outros Estados-Membros respeitam o direito da União e, muito em especial, os direitos fundamentais reconhecidos por esse direito [24]. Além disso, no que respeita ao Regulamento n.º 2201/2003, é certamente útil recordar que o próprio Tribunal de Justiça sublinhou que a cooperação e a confiança mútua entre os tribunais em que assenta este regulamento devem conduzir ao reconhecimento mútuo das decisões judiciais, *pedra angular* da criação de um verdadeiro espaço judiciário [25].

45. É evidente que o caráter internacional de casos como o que está em causa no processo principal é suscetível de conduzir, com maior frequência, a dificuldades relacionadas, *inter alia*, com a diversidade linguística dos processos ou com a distância, mas também com a necessidade específica de obter a homologação da decisão que ordena o regresso de um menor nos termos do artigo 42.º do Regulamento n.º 2201/2003. Embora estas dificuldades não devam ser minimizadas, o princípio da confiança mútua não pode ser comprometido, por se invocarem tais dificuldades práticas, sem que o *effet utile* dos instrumentos baseados neste princípio seja igualmente posto em causa. No entanto, é precisamente o que aconteceria se fosse permitido que um Estado-Membro diferenciasse desta forma os raptos de menores que ocorram nesse Estado-Membro, por um lado, e os raptos de menores que envolvam outro Estado-Membro, por outro.

46. Nestas circunstâncias, parece-me que uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal não é necessária para alcançar o objetivo por ela prosseguido quando se trata de uma deslocação ou retenção ilícitas noutro Estado-Membro e não num país terceiro.

20 V., neste sentido, Acórdão de 6 de setembro de 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, n.º 38).

21 V., neste sentido, considerando 17 do Regulamento n.º 2201/2003. V., igualmente, Acórdãos de 11 de julho de 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, n.º 52), e de 23 de dezembro de 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, n.º 49).

22 V., neste sentido, Acórdão de 11 de julho de 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, n.º 51).

23 V., neste sentido, Acórdão de 23 de dezembro de 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, n.º 45).

24 V., neste sentido, Parecer 2/13 (Adesão da União Europeia à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 191); Acórdãos de 25 de julho de 2018, Minister for Justice and Equality (Falhas no sistema judiciário) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, n.º 36); e de 19 de março de 2019, Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, n.º 81).

25 V., neste sentido, Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Liberato (C-386/17, EU:C:2019:24, n.º 41).

47. Cabe, portanto, ao órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se recusar a aplicação de legislação nacional contrária ao direito da União, uma vez que é manifesto que as disposições do artigo 21.º TFUE têm efeito direto [26] e podem, portanto, ser invocadas para esse fim por um particular relativamente a um Estado-Membro [27].

4. A título subsidiário, análise da proporcionalidade stricto sensu

48. Caso o Tribunal de Justiça não partilhe esta análise e considere que a legislação nacional em questão é necessária para alcançar o objetivo prosseguido por esta medida, importa ainda verificar se esse objetivo não pode ser alcançado através de medidas menos restritivas.

49. No que respeita a esta questão, considero incompatível com o princípio da proporcionalidade a aplicação automática de uma pena de prisão ou de uma multa em caso de deslocação ou retenção de um menor no estrangeiro sem que o(s) titular(es) do poder paternal sejam informados.

50. Com efeito, como estabelece o artigo 49.º, n.º 3, da Carta, as penas não devem ser desproporcionadas em relação à infração. Como explicou o advogado-geral M. Bobek no processo Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494), a proporcionalidade das sanções penais opera em duas vertentes. Em primeiro lugar, a sanção aplicada deve ser proporcionada à gravidade da infração. Em segundo lugar, na previsão dessa sanção devem ser consideradas as circunstâncias particulares de cada caso [28]. É por esta razão que a aplicação efetiva de um controlo da proporcionalidade pressupõe uma apreciação *in concreto* em função das circunstâncias específicas do caso em apreço [29].

51. A fim de respeitar este princípio, a legislação nacional pertinente deve permitir uma apreciação individual da situação em que os factos em causa ocorreram [30].

52. Nas suas respostas às questões submetidas pelo Tribunal de Justiça, o Governo alemão afirma que a aplicação de uma pena de prisão ou de uma multa não é automática e que as características específicas de cada processo podem ser tidas em conta no quadro da decisão judicial. Na falta de qualquer indicação a este respeito no pedido de decisão prejudicial, compete, todavia, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a aplicação do § 235 do StGB respeita o princípio da proporcionalidade ao permitir ao juiz nacional tomar em consideração as características específicas de cada processo em concreto antes de aplicar uma pena efetiva — quer se trate de uma pena de prisão ou de uma multa [31].

53. Para este efeito, o órgão jurisdicional de reenvio poderá ter em conta diferentes fatores, como o comportamento do progenitor contra quem tenha sido instaurado o procedimento criminal, o estado das relações entre os dois progenitores, a utilização ou não dos mecanismos previstos no Regulamento n.º 2201/2003 e o resultado dessa utilização, bem como, se for caso disso, o ponto de vista do próprio menor, dado que o artigo 24.º, n.º 1, da Carta estabelece que a opinião das crianças será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

26 V., sobre o efeito direto da liberdade de circulação, Acórdãos de 4 de dezembro de 1974, Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, n.º 7), e de 17 de setembro de 2002, Baumbast e R (C-413/99, EU:C:2002:493, n.ºs 84 e 86).

27 V., neste sentido, Acórdão de 24 de junho de 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, n.º 61).

28 N.º 42.

29 V., neste sentido, no quadro do mandado de detenção europeu, Conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:131, n.º 93).

30 V., neste sentido, Acórdão de 12 de março de 2019, Tjebbes e o. (C-221/17, EU:C:2019:189, n.º 41).

31 V., neste sentido, Acórdãos de 10 de julho de 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, n.º 28), e de 12 de março de 2019, Tjebbes e o. (C-221/17, EU:C:2019:189, n.º 40).

54. Se o direito nacional não admitir essa apreciação individual, competirá, por conseguinte, ao órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se recusar a aplicação da legislação nacional contrária ao direito da União.

VI. Conclusão

55. À luz das considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão submetida pelo Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de Primeira Instância de Heilbronn, Alemanha) do seguinte modo:

1) Os Estados-Membros devem exercer a sua competência em matéria penal não só no respeito das liberdades fundamentais garantidas pelo direito da União mas também do direito da União no seu conjunto, em especial do direito primário da União. Por conseguinte, os artigos 18.º e 21.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que as normas penais nacionais não podem, assim, estabelecer discriminações relativamente a pessoas a quem o direito da União confere o direito à igualdade de tratamento nem restringir as liberdades fundamentais garantidas por esse direito.

2) Os artigos 18.º e 21.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que impedem a aplicação de uma legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que pune de forma diferente a deslocação ou a retenção ilícitas de um menor consoante a situação ocorra no território nacional ou no território de outro Estado-Membro da União Europeia, que, para esse efeito, é equiparado a um país terceiro.

A título subsidiário, os artigos 18.º e 21.º TFUE, interpretados à luz do artigo 24.º do artigo 49.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, devem ser interpretados no sentido de que não impedem a aplicação de uma legislação nacional um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que pune de forma diferente a deslocação ou a retenção ilícitas de um menor consoante a situação se produza no território nacional ou no território de outro Estado-Membro da União Europeia, desde que os órgãos jurisdicionais nacionais estejam em condições de proceder a uma apreciação individual da situação em que os factos em causa ocorreram.

No âmbito desta apreciação, os órgãos jurisdicionais podem ter em conta, em especial, o comportamento do progenitor contra quem tenha sido instaurado o processo penal e o estado das relações entre os dois progenitores, a utilização ou não dos mecanismos previstos no 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, bem como, se for caso disso, a opinião do próprio menor.