

## Versão anonimizada

Tradução

C-454/19 – 1

**Processo C-454/19**

**Pedido de decisão prejudicial**

**Data de entrada:**

14 de junho de 2019

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de Primeira Instância de Heilbronn, Alemanha)

**Data da decisão de reenvio:**

11 de junho de 2019

**Arguida:**

ZW

---

*[Omissis]*

Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de Primeira Instância de Heilbronn)

**Despacho**

No processo penal contra

ZW,

*[Omissis]*, casada, de nacionalidade romena, residente [em] *[omissis]* Heilbronn

*[Omissis]*

*[Omissis]* por subtração de menor, praticada em coautoria

o Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de Primeira Instância de Heilbronn) *[omissis]* decidiu:

- 1 Suspender a instância [omissis] até à decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia.
- 2 Nos termos do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes questões:
  - a) 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?
  - b) 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?

### **Fundamentação:**

#### A. Objeto do processo principal

- 1 O processo principal diz respeito à questão de saber se o § 235, n.º 2, ponto 2, do Código Penal alemão contraria as disposições relativas à livre circulação dos trabalhadores, em especial a Diretiva 2004/38/CE e o direito aí regulado de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias (artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38/CE) no território nacional dos Estados-Membros (artigo 1.º da Diretiva 2004/38/CE), bem como o princípio da igualdade de tratamento do artigo 24.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38/CE, de modo que, devido ao primado do direito da União, já não pode ser aplicado por um órgão jurisdicional nacional.

#### B. Matéria de facto do processo principal

- 2 1. Antecedentes da arguida ZW, mãe de AW

A arguida ZW [omissis], nascida em [omissis], Roménia [omissis], e QN, nascido [omissis] em [omissis], Roménia, são os progenitores de AW, filho nascido fora do matrimónio [omissis] em [omissis], Roménia. A arguida ZW passou o primeiro ano após o nascimento do seu filho AW na Roménia. Viu depois uma oportunidade de conseguir uma vida melhor para si e o seu filho na Alemanha. Para o preparar deslocou-se, de início sozinha, para a Alemanha. O seu filho AW permaneceu na Roménia com uma madrinha, que cuidou dele. A partir de 2009, a arguida prestou trabalho, a tempo parcial, como trabalhadora temporária, sujeita a inscrição obrigatória na segurança social, por conta de agências de trabalho temporário, que a colocaram como empregada de limpeza num jardim de infância,

num lar de terceira idade e num hospital. Por vezes trabalhou a tempo parcial, por vezes esteve também desempregada, e esteve registada como candidata a emprego no serviço de emprego. Depois de a sua situação de emprego se ter estabilizado em 2009, a arguida ZW trouxe o seu filho AW para a Alemanha.

3 2. Antecedentes de QN, pai de AW

QN, pai do menor, frequentou inicialmente uma escola alemã na Roménia. Passou repetidamente temporadas com os seus familiares em Karlsruhe. Essas estadas de QN serviram para ganhar dinheiro na Alemanha. Atualmente, QN vive de novo na Roménia, onde se encontra numa boa situação económica, graças aos rendimentos que aí auferir.

4 3. Situação do filho AW

Nos termos do direito romeno, ambos os pais (separados desde há bastante tempo) têm responsabilidades parentais relativamente a AW. Quando AW frequentava o jardim de infância na Alemanha, verificou-se um incumprimento de regras, o que acabou por levar à tomada de uma medida sociopedagógica de apoio familiar, tendo em vista reforçar as competências educativas da arguida ZW, desenvolver um comportamento educativo uniforme e apoiar a família no cumprimento de formalidades. Contudo, em última análise, esta medida não permitiu melhorar a situação.

5 Em 2012, a arguida ZW enviou o seu filho para QN, o pai residente na Roménia, pois devia ser emitido um novo passaporte e faltava documentação. Quando AW regressou em setembro de 2012, apresentou de novo problemas comportamentais, pelo que, em março de 2013, com o consentimento da arguida, foi colocado pelo Jugendamt (serviço de proteção de menores) num centro de apoio à juventude em Bad Friedrichshall, perto de Heilbronn, local de residência da mãe. O pai consentiu-o «com alguma relutância», no contexto de uma chamada telefónica com o Jugendamt, até ir buscar o seu filho.

6 Por Decisão do Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de Primeira Instância de Heilbronn) de 14 de novembro de 2014, foram retirados a ambos os progenitores o direito de decidir sobre o lugar de residência do seu filho AW, o direito de requerer para ele medidas de apoio a menores e prestações sociais, bem como o direito de participar no planeamento da prestação de assistência e de cuidados de saúde. Inicialmente, os direitos retirados aos progenitores foram transferidos para o Landratsamt – Kreisjugendamt – Heilbronn, como curador especial. Após a sua colocação no centro de apoio à juventude em Bad Friedrichshall ter falhado, AW foi colocado numa instituição em Westerwald onde, tal como noutros centros de acolhimento de emergência, não se podia supervisionar o menor, pelo que AW, com o acordo do Landratsamt – Kreisjugendamt – Heilbronn, acabou por regressar para junto da sua mãe. Por ofício de 3 de agosto de 2017, o Jugendamt der Stadt Heilbronn (serviço alemão de proteção de menores da cidade de Heilbronn), que entretanto passou a ser o responsável, solicitou que a autoridade

parental fosse devolvida à mãe da criança. Ora, por razões não esclarecidas, isso ainda não se verificou.

7 Entretanto, no início de dezembro de 2017, QN, por ocasião de uma visita à arguida ZW e com o consentimento desta, levou o seu filho para a Roménia onde, desde então, vivem juntos. Ainda não está esclarecido se a arguida concordou que QN levasse o filho para a Roménia só até depois do Natal de 2017 ou para aí permanecer a longo prazo. Não foram informados a este respeito nem o Jugendamt der Stadt Heilbronn nem o curador especial, entretanto responsável pelo exercício dos direitos que continuam retirados aos progenitores. Quando a arguida informou o curador especial da deslocação do menor para a Roménia, este apresentou queixa contra ambos os progenitores por «subtração de menor», devido ao facto de o menor ter sido deslocado para a Roménia.

8 4 Factos imputados

São imputados à arguida os seguintes factos:

«Em 9 de dezembro de 2017, a arguida, bem como o marido de quem vive separada, acordaram que o seu filho comum AW, de 12 anos de idade, para o qual o Amtsgericht Heilbronn tinha designado o Kreisjugendamt Montabaur como curador especial, designadamente para determinar o lugar de residência, deixaria de viver com ela em Heilbronn, passando a viver com o pai na Roménia. Na execução deste acordo, desrespeitando deliberadamente o direito do Kreisjugendamt Montabaur de determinar a residência do menor, AW foi deslocado pelos progenitores para a Roménia, onde vive desde então.»

9 C. Quadro jurídico

Os factos acima descritos consubstanciam a infração penal de subtração de menor, praticada em coautoria, prevista nos §§ 235, n.º 2, ponto 2, e 25, n.º 2, do Código Penal.

10 O § 235 do Código Penal tem a seguinte redação, estando sublinhadas as partes aplicáveis:

«§ 235 Subtração de menor

(1) É punido com pena privativa da liberdade até cinco anos ou com multa quem subtrair ou reter 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 reter 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 subtração 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.»

11 A prática da infração penal em coautoria, que determina a imputação mútua da responsabilidade baseada na participação, é regulada no § 25, n.º 2, do Código Penal.

12 O § 25 do Código Penal tem a seguinte redação, estando sublinhada a passagem aplicável:

«§ 25 Autoria

(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).»

13 D. Relevância das questões prejudiciais para a decisão

A inaplicabilidade do § 235 do Código Penal só pode resultar do facto de esta norma ser incompatível com o direito primário e/ou derivado da União, o qual goza de primado na aplicação. O Amtsgericht Heilbronn (Tribunal de Primeira

Instância de Heilbronn) entende ser necessário apresentar um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos do artigo 267.º, n.º 1, alíneas a) e b), [TFUE], uma vez que a aplicabilidade da norma (penal) nacional depende da interpretação do direito da União.

14 D. Esclarecimento das questões prejudiciais

Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a disposição penal a aplicar é incompatível, em particular, com a Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e, por isso, o primado do direito da União impede que seja aplicada. A Diretiva 2004/38/CE regula o direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros. De acordo com os seus considerandos, a livre circulação das pessoas constitui uma das liberdades fundamentais do mercado interno, que compreende um espaço sem fronteiras internas, no qual a liberdade é assegurada de acordo com as disposições do Tratado.

15 Os dois aspetos seguintes podem implicar a incompatibilidade da disposição penal nacional com a Diretiva 2004/38/CE:

16 1 Ao abrigo do artigo 4.º da Diretiva 2004/38/CE, têm direito a sair do território de um Estado-Membro a fim de se deslocar a outro Estado-Membro todos os cidadãos da União, munidos de um bilhete de identidade ou passaporte válido, e os membros das suas famílias que, não tendo a nacionalidade de um Estado-Membro, estejam munidos de um passaporte válido.

17 O menor AW, como cidadão romeno e, além disso, como filho de ZW e QN, ambos nacionais romenos, é abrangido pelo âmbito da proteção da Diretiva 2004/38/CE, nos termos do seu artigo 3.º, em conjugação com o artigo 2.º

18 Por conseguinte, ao abrigo do artigo 4.º, AW tem o direito de sair do território de um Estado-Membro, neste caso a República Federal da Alemanha, e de constituir residência junto do seu pai na Roménia, o seu país de origem. Nos termos do considerando 11 da referida diretiva, o direito fundamental e individual de residir num outro Estado-Membro é conferido diretamente aos cidadãos da União pelo Tratado e não depende do cumprimento de formalidades administrativas.

19 A aplicação da disposição penal nacional do § 235, na variante aqui relevante do n.º 1, ponto 2, significa que a arguida ZW e/ou QN, pai da criança, poderiam reter o seu filho AW (na situação em apreço), subtraindo-o ao curador especial, sem cometerem qualquer infração, desde que não se afastassem do território da República Federal da Alemanha. No entanto, logo que deslocarem o seu filho para outro Estado-Membro da União Europeia e aí o retiverem, subtraindo-o ao curador especial, verificar-se-ão os elementos constitutivos de uma infração penal – ainda que tanto eles como o seu filho, em conformidade com o artigo 4.º da Diretiva 2004/38/CE, tenham o direito de sair de um Estado-Membro da União Europeia.

- 20 A disposição penal do § 235 vai ainda mais longe. De acordo com o n.º 2, ponto 1, ZW estaria logo a cometer uma infração penal se, apenas de visita ou de férias, se dirigisse com o seu filho AW para o território de outro Estado-Membro da União, sem o consentimento expresso do curador especial, que por vezes é impossível contactar durante muito tempo. Ao invés, a norma penal não abrange viagens com a criança na Alemanha.
- 21 A ideia principal subjacente à cominação de sanções no § 235 do Código Penal é que é muito difícil ou impossível fazer regressar uma criança de outro meio cultural [*omissis*]. Na opinião do órgão jurisdicional de reenvio, estes motivos não se verificam precisamente no seio na União Europeia, uma vez que, nos termos do Regulamento Bruxelas II-A, é possível fazer regressar as crianças, que aliás não se encontram num meio cultural estrangeiro, sem grandes dificuldades. O referido diploma regula em geral o dever de reconhecer e executar num Estado-Membro da União as decisões relativas ao direito de guarda e ao direito de visita tomadas num outro Estado-Membro da União (artigos 21.º e 28.º).
- 22 A disposição penal do § 235 afeta a livre circulação dos cidadãos da União, uma vez que, através da inibição da responsabilidade parental em relação a uma criança, indiretamente os progenitores perdem também de facto o direito à livre circulação, na medida em que não queiram perder a proximidade do seu filho, garantida no artigo 8.º da CEDH (direito ao respeito pela vida privada e familiar). O órgão jurisdicional de reenvio considera que as despesas administrativas adicionais (tramitação do processo de execução noutro Estado-Membro da União Europeia) que podem ser necessárias para o regresso da criança do território da União não são suficientemente importantes para justificar uma ingerência na liberdade de circulação. Com efeito, em certas circunstâncias pode ser muito mais fácil fazer regressar uma criança, declarada oficialmente, de outro Estado-Membro da UE – neste caso até se conhece o local onde AW se encontra a residir com o pai – do que só encontrar uma criança que desapareceu com um progenitor no território da República Federal da Alemanha. As (eventuais) despesas administrativas adicionais de modo algum justificam a diferença de tratamento entre a retenção de um menor no território da República Federal da Alemanha, por um lado, e no território da União Europeia, por outro, de modo que [*omissis*] só o segundo comportamento pode constituir uma infração penal.
- 23 Ao passo que os progenitores alemães de uma criança alemã se podem deslocar livremente e escolher a sua residência no seu espaço (social e geográfico) habitual, os progenitores romenos de uma criança romena nascida na Roménia cometem uma infração penal quando viajam para a Roménia com a criança e escolhem residir com ela no seu país de origem. Não se vislumbram motivos para esta diferenciação, atendendo a que, no território da União Europeia, a criança pode regressar a qualquer momento. No caso em apreço acresce que, até agora, não foi manifestamente considerado necessário um regresso rápido e que o contacto telefónico entre o curador especial e AW, de qualquer maneira o único que existia, também pode ser efetuado sem dificuldades na Roménia, Estado-Membro da União.

- 24 A ingerência da disposição penal do § 235 do StGB na liberdade de circulação dos cidadãos da União não pode, por conseguinte, ser justificada.
- 25 2 O artigo 24.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38/CE, que regula a igualdade de tratamento, dispõe que todos os cidadãos da União que, nos termos desta diretiva, residam no território do Estado-Membro de acolhimento, beneficiam de igualdade de tratamento em relação aos nacionais desse Estado-Membro, no âmbito de aplicação do Tratado. O direito à igualdade de tratamento é extensível aos membros da família que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro e tenham direito de residência ou direito de residência permanente.
- 26 Este princípio da igualdade de tratamento poderá também ser violado pela norma genérica, tal como resulta do seguinte exemplo. Se uma cidadã alemã na situação da arguida ZW estivesse envolvida em assegurar que o filho comum regressasse para o seu pai ainda a viver ou a viver de novo na sua região de origem (nesse caso, naturalmente uma região alemã), não teria cometido qualquer infração penal, mesmo que essa nova residência se situasse noutra *Land*, a mil quilómetros de distância da sua residência anterior. Inversamente, um cidadão da União comete a infração penal prevista no § 235 se deslocar o seu filho, nas mesmas circunstâncias, para a sua região de origem, naturalmente uma região de outro Estado-Membro da União Europeia. A discriminação do cidadão da União é evidente, em especial, atendendo a que (nas circunstâncias do caso em apreço) ele pode logo cometer uma infração se deslocar o seu filho de maneira permanente, por exemplo, apenas alguns quilómetros de Kehl, atravessando a fronteira franco-alemã, agora invisível, para Estrasburgo, a sua cidade de origem, ao passo que o pai alemão não comete qualquer infração se deslocar o seu filho de maneira permanente para a sua região de origem (alemã), cem vezes mais distante.
- 27 Tudo ponderado, a norma penal em questão, que não estabelece uma distinção adicional, não equipara um cidadão da União a um nacional do Estado-Membro, mas sim a um nacional de qualquer país terceiro localizado no outro extremo do mundo e com o qual não existe qualquer relação em matéria de assistência judiciária internacional.
- 28 Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se a disposição do § 235 do Código Penal alemão, que não diferencia entre o território da União Europeia e países terceiros, viola o direito europeu primário e/ou derivado.
- 29 Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a consequência desta infração é a inaplicabilidade da norma penal nacional.

Destas duas questões depende o desfecho do processo penal pendente, uma vez que, possivelmente não há infração penal nos termos do § 235, n.º 1, pelo que ZW seria absolvida em caso de inaplicabilidade do § 235, n.º 2.

[*Omissis*]