# CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL ELEANOR SHARPSTON apresentadas em 25 de Junho de 2009[1]

1. Ao longo de uma parte significativa da história europeia[2], os estudantes manifestaram o desejo de prosseguir a sua formação (ou parte desta) fora do seu país de origem. O presente pedido de decisão prejudicial suscita, uma vez mais, a questão de saber se o Estado de acolhimento pode limitar o número de estudantes estrangeiros que podem ingressar no seu sistema de educação.

2. No presente pedido prejudicial submetido pela Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional) da Bélgica, pede-se ao Tribunal de Justiça que interprete o primeiro parágrafo do artigo 12.º CE e o artigo 18.º, n.º 1, CE, em conjugação com o artigo 149.º, n.º 1, CE o segundo travessão do artigo 149.º, n.º 2, CE e o terceiro travessão do artigo 150.º, n.º 2, CE.

3. O processo submetido ao órgão jurisdicional nacional respeita a uma acção de anulação, intentada por um conjunto de estudantes, a maioria dos quais franceses, e por pessoal administrativo e docente das instituições de ensino superior da Communauté française de Belgique (Comunidade francesa da Bélgica, a seguir «Comunidade francesa»), do Decreto que regula o número de estudantes em determinados cursos do primeiro ciclo do ensino superior (Décret régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur, a seguir «decreto»), adoptado em 16 de Junho de 2006 pelo Parlement de la Communauté française de Belgique (Parlamento da Comunidade francesa da Bélgica)[3].

1 — Língua original: inglês.

2 — V., para uma resenha histórica, as conclusões do advogado-geral D. Ruiz Jarabo-Colomer no processo Morgan e Bucher (C-11/06 e C-12/06, Colect., p. I-9161, n.os 37 a 47). Os ministros responsáveis pelo ensino superior n.os 46 países do Processo de Bolonha declararam recentemente que a mobilidade é «a marca característica do espaço europeu do ensino superior» e pediram «a cada país que aumentasse a mobilidade»: *Communiqué of the Conference of European Ministers Responsible for Higher Education, Leuven and Louvain-la-Neuve*, 28 e 29 de Abril de 2009, n.º 18 (disponível em http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/675&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en ).

3 — Moniteur Belge de 6 de Julho de 2006, p. 34055. O decreto foi recentemente alterado pelo Decreto que estabelece as condições de obtenção de diplomas de bacharelato de parteira e de enfermagem, reforça a mobilidade dos estudantes e contém diversas medidas respeitantes ao ensino superior (Décret fixant des conditions d'obtention des diplômes de bachelier sage-femme et de bachelier en soins infirmiers, renforçant la mobilité étudiante et portant diverses mesures en matière d'enseignement supérieur), de 18 de Julho de 2008 (Moniteur Belge de 10 de Setembro de 2008, p. 47115). Nas presentes conclusões, é feita referência à versão original do decreto referida no despacho de reenvio. Os decretos são os instrumentos legais utilizados pelas comunidades, assim como pela Região flamenga e pela Região da Valónia, para exercerem as suas competências legislativas. Têm a mesma força de lei que as leis federais. V. artigos 127.º, n.º 2, 128.º, n.º 2, 129.º, n.º 2, 130.º, n.º 2 e 134.º, segundo parágrafo, da Constituição belga, artigo 19.º, n.º 2, da Lei especial de reformas institucionais (Loi spéciale de réformes institutionnelles), de 8 de Agosto de 1980 (Moniteur belge de 15 de Agosto de 1980), e as minhas conclusões no processo Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (C-212/06, Colect., p. I-1683, n.os 4 a 7).

**Quadro jurídico**

*Direito internacional*

4. O artigo 2.º, n.º 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Culturais e Sociais[4] (a seguir «Pacto») dispõe:

«Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de […] origem nacional ou social […]»

5. O artigo 13.º, n.º 2, alínea c), do Pacto dispõe:

«Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, a fim de assegurar o pleno exercício [do direito de toda a pessoa à educação]:

[...]

c) O ensino superior deve ser tornado acessível a todos em plena igualdade, em função das capacidades de cada um, por todos os meios apropriados e, nomeadamente, pela instauração progressiva da educação gratuita;[...]»

*Direito comunitário*

6. O artigo 2.º CE dispõe:

«A Comunidade tem como missão, através da criação da um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou acções comuns a que se referem os artigos 3.º e 4.º, promover, em toda a Comunidade [...] a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros.»

4 — Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 2200-A (XXI) da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. O Pacto entrou em vigor, em conformidade com o seu artigo 27.º, em 3 de Janeiro de 1976.

7. O artigo 10.º CE dispõe:

«Os Estados-Membros tomarão todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de actos das instituições da Comunidade. Os Estados-Membros facilitarão à Comunidade o cumprimento da sua missão.

Os Estados-Membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado.»

8. O artigo 12.º, n.º 1, CE dispõe:

«No âmbito de aplicação do presente Tratado, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade.»

9. O artigo 18.º, n.º 1, CE dispõe:

«Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas no presente Tratado e nas disposições adoptadas em sua aplicação.»

10. O artigo 149.º, n.ºs 1 e 2, segundo travessão, CE dispõe:

«1. A Comunidade contribuirá para o desenvolvimento de uma educação de qualidade, incentivando a cooperação entre Estados-Membros e, se necessário, apoiando e completando a sua acção, respeitando integralmente a responsabilidade dos Estados-Membros pelo conteúdo do ensino e pela organização do sistema educativo, bem como a sua diversidade cultural e linguística.

2. A acção da Comunidade tem por objectivo:

[...]

— incentivar a mobilidade dos estudantes e dos professores, nomeadamente através do incentivo ao reconhecimento académico de diplomas e períodos de estudo,

[...]»'

11. O artigo 150.º, n.º 2, terceiro travessão, CE dispõe:

«A acção da Comunidade tem por objectivo:

[...]

— facilitar o acesso à formação profissional e incentivar a mobilidade de formadores e formandos, nomeadamente dos jovens,

[...]»

*Direito nacional*

12. No artigo 1.º, o decreto define o conceito de estudante residente para efeitos do decreto[5]:

«Um estudante residente, para efeitos do presente decreto, é um estudante que, à data da sua inscrição numa instituição de ensino superior, demonstra ter a sua residência principal na Bélgica e preencher uma das seguintes condições:

1° ter o direito de residir na Bélgica a título permanente;

2° ter tido a sua residência principal na Bélgica por um período mínimo de 6 meses antes da sua inscrição numa instituição de ensino superior, exercendo simultaneamente uma actividade profissional remunerada ou não remunerada ou beneficiando de um rendimento de substituição concedido por um serviço público belga;

5 — Nota não relevante para a versão portuguesa.

3° ter autorização de permanência [na Bélgica] por um período ilimitado com base na [legislação belga aplicável];

4° ter autorização de permanência na Bélgica pelo facto de beneficiar do estatuto de refugiado [tal como definido na legislação belga] ou ter apresentado um pedido de reconhecimento como refugiado;

5° ter o direito de residir na Bélgica pelo facto de beneficiar de protecção temporária com base na [legislação belga aplicável];

6° a sua mãe, o seu pai, o seu tutor ou o seu cônjuge preencher uma das condições acima referidas;

7° ter tido a sua residência principal na Bélgica por um período mínimo de 3 anos à data da sua inscrição numa instituição de ensino superior;

8° ter-lhe sido concedida uma bolsa de estudo no quadro da cooperação para o desenvolvimento para o ano académico e para os estudos objecto do pedido de inscrição.

O 'direito de residir a título permanente' na acepção do n.º 1 significa, para os cidadãos de outro Estado-Membro da União Europeia, o direito reconhecido por força dos artigos 16.º e 17.º da Directiva 2004/38/CE [6] [e], para os cidadãos de Estados não pertencentes à UE, o direito de residir na Bélgica por força da [legislação belga aplicável].»

13. O Capítulo II do decreto contém disposições relativas ao acesso às universidades. O artigo 2.º limita o número de estudantes que se podem inscrever pela primeira vez numa universidade da Comunidade francesa num dos cursos enumerados no artigo 3.º, de acordo com o método descrito no artigo 4.º

14. O artigo 3.º do decreto dispõe que as disposições do Capítulo II se aplicam aos cursos

6 — Directiva 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 Directivas 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 (versão ratificada no JO L 229, p. 35).

que conduzem ao bacharelato em fisioterapia e reabilitação e ao bacharelato em medicina veterinária.

15. O artigo 4.º do decreto dispõe o seguinte:

«Para cada universidade e para cada curso mencionados no artigo 3.º, haverá um número total 'T' de estudantes que se inscrevem pela primeira vez no curso em questão e que são tomados em consideração para efeitos de financiamento, assim como um número 'NR' de estudantes que se inscrevem pela primeira vez no curso em questão e que não são considerados residentes na acepção do artigo 1.º

Quando a proporção entre NR, por um lado, e T do ano académico anterior, por outro lado, atingir uma percentagem especificada 'P', as autoridades académicas recusarão novas inscrições aos estudantes que ainda não se inscreveram no curso em questão e que não são considerados residentes na acepção do artigo 1.º

P no número anterior é fixado em 30%. Contudo, quando, num determinado ano académico, o número de estudantes que estudam num país diferente daquele onde obtiveram o seu diploma do ensino secundário for superior a 10% em média em todos os estabelecimentos do ensino superior da União Europeia, P será equivalente, para o ano académico seguinte, a essa percentagem multiplicada por três.»

16. O artigo 5.º do decreto dispõe o seguinte:

[1] «[...] os estudantes que não são considerados residentes na acepção do artigo 1.º podem solicitar inscrição num dos cursos enumerados no artigo 3.º, a partir do terceiro dia útil antes do dia 2 de Setembro que preceder o ano académico em questão. Os estudantes [...] serão inscritos por ordem cronológica.

[...]

[3] Cada pedido de inscrição apresentado a partir do dia 2 de Setembro que preceder o ano académico, nos termos do primeiro parágrafo, será incluído num registo [...]

[4] Em derrogação do primeiro parágrafo, no que diz respeito aos estudantes não residentes que se apresentem para solicitar inscrição num dos cursos mencionados no artigo 3.º o mais tardar no último dia útil antes do dia 2 de Setembro que preceder o ano académico, se o número desses estudantes exceder o NR referido no artigo 4.º, segundo parágrafo, a prioridade [para efeitos de inscrição] entre esses estudantes será determinada por sorteio [...]

[5] Cada estudante não residente só poderá apresentar um pedido de inscrição nos cursos mencionados nos artigos 3.º e 7.º antes do dia 2 de Setembro que preceder o ano académico. Os estudantes que violarem esta disposição serão excluídos da instituição de ensino superior na qual tenham sido admitidos para seguir um dos cursos mencionados nos artigos 3.º ou 7.º

[...]»

17. O Capítulo III contém disposições relativas a escolas superiores. O primeiro parágrafo do artigo 6.º, e os artigos 8.º e 9.º (que integram esse Capítulo) contêm disposições análogas às do primeiro parágrafo do artigo 2.º e dos artigos 4.º e 5.º

18. O artigo 7.º do decreto aplica as disposições do Capítulo III aos cursos conducentes ao bacharelato de parteira, terapia ocupacional, terapia da fala, podiatria-quiropodia, fisioterapia, audiologia e educador especializado em aconselhamento psico-educacional.

**O processo principal e as questões prejudiciais**

19. Segundo a decisão de reenvio, o legislador da Comunidade francesa observou ao longo de vários anos um grande aumento do número de estudantes inscritos pela primeira vez nos cursos em questão. Foi manifestada a preocupação de que, tendo em conta os recursos disponíveis, orçamentais, humanos e materiais, para as instituições de ensino em questão, tal põe em perigo a qualidade do ensino — e, devido à natureza dos cursos em questão, da saúde pública.

20. No ano académico de 2003/04, o número de estudantes titulares de um diploma do ensino secundário emitido por outro Estado-Membro, inscritos em cursos não abrangidos pelo Decreto, representava menos de

10% das inscrições. No ano académico de 2004/05, este número situava-se entre 41% e 75% relativamente aos cursos abrangidos pelo decreto nas escolas superiores. No ano académico de 2005/06, entre 78% e 86% relativamente aos cursos universitários abrangidos pelo decreto.

21. A maior parte dos estudantes inscritos, titulares de um diploma do ensino secundário emitido fora da Comunidade francesa da Bélgica, têm nacionalidade francesa. Isso deve-se, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a vários factores.

22. Em primeiro lugar, em França, o acesso ao ensino veterinário está subordinado à aprovação num concurso nacional, que só é acessível aos estudantes que tenham efectuado no mínimo dois anos de estudos preparatórios após o diploma do ensino secundário. No final dessa prova, 329 candidatos tiveram acesso, em 2004, a uma das quatro escolas veterinárias nacionais. Esse número foi reduzido para 221 em 2005, e aumentado para 436 em 2006. Regra geral, somente um quinto dos participantes nesta prova é seleccionado.

23. Em segundo lugar, a França fixou um *numerus clausus* para o curso universitário de fisioterapia.

24. Consequentemente, muitos estudantes franceses vêm estudar em francês na Comunidade francesa da Bélgica. No final dos seus estudos, regressam a França para exercerem a profissão. Quase um terço dos veterinários que se instalam em França todos os anos obteve o seu diploma na Comunidade francesa da Bélgica. Tal não parece criar uma saturação da profissão em França. Em 2005, mais de 800 estudantes obtiveram, na Comunidade francesa da Bélgica, um diploma no domínio da fisioterapia.

25. Em resposta a esta situação, o Parlamento da Comunidade francesa aprovou o decreto em 16 de Junho de 2006. O decreto prevê, de facto, um *numerus clausus* para a inscrição dos não residentes e define através de uma dupla condição a categoria de «residentes», que não estão sujeitos a esse *numerus clausus*. Essencialmente, são consideradas «residentes» as pessoas que têm a sua residência principal na Bélgica e que, além disso, têm o direito de aí residir a título permanente.

26. Cada universidade ou escola superior só pode admitir um número limitado de estudantes não residentes. Esse número foi fixado, para cada curso em cada instituição, para o ano lectivo de 2006/07, em 30% do número total de estudantes inscritos pela primeira vez nos cursos dessas instituições. Os candidatos não residentes só podem solicitar a sua

inscrição no prazo de três dias úteis antes de 2 de Setembro. Se o seu número ultrapassar o *numerus clausus*, as vagas são sorteadas.

27. Em 9 de Agosto de 2006, N. Bressol e 43 outros intentaram uma acção de anulação do decreto na Cour Constitutionnelle. Em 13 de Dezembro de 2006, C. Chaverot e 18 outros intentaram igualmente uma acção de anulação de vários artigos do decreto. Nenhum dos demandantes é «residente» na acepção do decreto. Criticam a diferença de tratamento que o decreto estabelece entre residentes e não residentes para efeitos de admissão aos cursos em causa.

28. Em 24 de Janeiro de 2007, a Comissão dirigiu à Bélgica uma notificação para cumprir, manifestando preocupações acerca da compatibilidade do decreto com o direito comunitário. Em 24 de Maio de 2007, a Bélgica respondeu a essa notificação, fornecendo determinadas estatísticas e explicações. Em 28 de Novembro de 2007, considerando que, sem medidas de salvaguarda adequadas, a Comunidade francesa da Bélgica corre o risco de não estar «em condições de manter níveis suficientes de cobertura territorial e de qualidade no seu sistema de saúde pública», a Comissão decidiu suspender o procedimento durante cinco anos «para permitir às autoridades belgas fornecer dados suplementares que sirvam de base ao argumento segundo o qual as medidas de restrição impostas são simultaneamente necessárias e proporcionadas»[7].

29. A Cour Constitutionnelle tem dúvidas quanto à compatibilidade dos artigos 4.º e 8.º do decreto com diversas disposições da Constituição belga, lida em conjugação com os artigos 12.º, primeiro parágrafo, CE 18.º, n.º 1, CE 149.º, n.ºs 1 e 2, CE e 150.º, n.º 2, CE. Por conseguinte, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1. Os artigos 12.º, primeiro parágrafo, e 18.º, n.º 1, do Tratado que institui a Comunidade Europeia, em conjugação com o artigo 149.º, n.ºs 1 e 2, segundo travessão, e com o artigo 150.º, n.º 2, terceiro travessão, do mesmo Tratado devem ser interpretados no sentido de que (estas disposições) se opõem a que uma comunidade autónoma de um Estado-Membro, competente para o ensino superior, que é confrontada com um afluxo de estudantes de um Estado-Membro

7 — Na mesma data, a Comissão dirigiu à Áustria uma notificação para cumprir pelo facto de esta ainda não ter executado o acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 2005 no processo Comissão/Áustria (C-147/03, Colect., p. I-5969). Suspendeu igualmente esse processo.

vizinho em vários cursos de carácter médico financiados principalmente por fundos públicos, na sequência de uma política restritiva levada a cabo nesse Estado vizinho, adopte medidas como as constantes do Decreto da Comunidade francesa de 16 de Junho de 2006, que regula o número de estudantes em determinados cursos do primeiro ciclo do ensino superior, quando esta Comunidade invoca razões válidas para afirmar que a referida situação comporta o risco de onerar excessivamente as finanças públicas e de hipotecar a qualidade do ensino dispensado?

2. A resposta à primeira questão será diferente se esta Comunidade demonstrar que essa situação tem por efeito que o número de estudantes residentes nesta Comunidade que obtêm o seu diploma é demasiado baixo para assegurar a existência, com carácter duradouro, de pessoal médico qualificado suficiente a fim de garantir a qualidade do regime de saúde pública na mesma?

3. A resposta à primeira questão será diferente se, tendo em conta o disposto no artigo 149.º, primeiro parágrafo, *in fine*, do Tratado e no artigo 13.º, n.º 2, alínea c), do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que contém uma obrigação de *standstill*, esta Comunidade optar pela manutenção de um acesso amplo e democrático a um ensino superior de qualidade para a sua população?»

30. Foram apresentadas observações escritas pelos demandantes no processo principal, pelos Governos austríaco e belga e pela Comissão.

31. Foi realizada uma audiência em 3 de Março de 2009, na qual todas estas partes apresentaram observações orais.

**Observações preliminares**

32. Embora resulte do artigo 149.º, n.º 1, CE que os Estados-Membros continuam a ser responsáveis pelo «conteúdo do ensino e pela organização do sistema educativo, bem como [pela] sua diversidade cultural e linguística», o Tribunal de Justiça esclareceu que as condições de acesso à formação profissional estão abrangidas pelo âmbito de aplicação do Tratado[8]. Remeteu, a este respeito, para o

8 — V. acórdãos de 13 de Fevereiro de 1985, Gravier (293/83, Recueil, p. 593, n.º 25); de 27 de Setembro de 1988, Comissão/Bélgica (42/87, Colect., p. 5445, n.ºs 7 e 8); de 1 de Julho de 2004, Comissão/Bélgica (C-65/03, Colect., p. I-6427, n.º 25); Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 32; e de 11 de Janeiro de 2007, Lyyski (C-40/05, Colect., p. I-99, n.º 28).

artigo 149.º, n.º 2, segundo travessão, CE, que prevê expressamente que a acção da Comunidade visa incentivar a mobilidade dos estudantes e dos professores, inclusive através do incentivo ao reconhecimento académico de diplomas e de períodos de estudo, e para o artigo 150.º, n.º 2, terceiro travessão, CE, que determina que a acção da Comunidade tem por objectivo facilitar o acesso à formação profissional e incentivar a mobilidade de formadores e formandos, nomeadamente dos jovens[9]. O Tribunal de Justiça também afirmou que tanto o ensino superior como o ensino universitário constituem uma formação profissional[10].

33. É pacífico que o decreto estabelece condições que regulam o acesso ao ensino superior ou universitário na Comunidade francesa da Bélgica. Por conseguinte, regula uma matéria abrangida pelo Tratado.

34. É igualmente claro que o decreto distingue os estudantes, classificando-os como residentes ou não-residentes, conforme estes preencham ou não determinados critérios. Os estudantes residentes beneficiam do acesso ilimitado a todos os cursos. Os estudantes não residentes estão sujeitos a um *numerus clausus* relativamente a determinados cursos. Existe, portanto, uma diferença clara de tratamento entre os dois grupos de estudantes.

35. O artigo 12.º CE proíbe, no âmbito de aplicação do Tratado, e sem prejuízo das suas disposições especiais, toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade. O decreto deve, portanto, ser apreciado à luz desta disposição.

36. As duas primeiras questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio solicitam uma orientação a respeito da aplicabilidade de três possíveis justificações do tratamento discriminatório. A resposta a estas questões depende, em parte, da questão de saber se a

9 — Acórdão de 1 de Julho de 2004, Comissão/Bélgica, já referido na nota 8, n.º 25.

10 — Acórdão Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 33; e Lyyski, já referido na nota 7, n.º 29. A posição do Tribunal de Justiça no acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, Blaizot (24/86, Colect., p. 379, n.ºs 15 a 20) parecia mais restritiva. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça entendeu que o ensino universitário era abrangido pelo âmbito do termo «formação profissional», na medida em que forneça qualificação ou aptidão especial para o exercício de uma profissão, ocupação ou emprego específicos. O Tribunal de Justiça afirmou que tal será o caso «não apenas quando o exame de fim de curso confira uma qualificação imediata para o exercício de uma profissão, ocupação ou emprego determinado que pressuponha essa qualificação, mas igualmente na medida em que conceda uma aptidão particular, ou seja, nos casos em que o estudante necessite de adquirir conhecimentos para o exercício de uma profissão, ocupação ou emprego, mesmo que, nas disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, não esteja prescrita para esse exercício a aquisição desses conhecimentos». Concluiu que os estudos universitários respondem, na sua generalidade, a estas condições. «E apenas não é assim em relação a certos ciclos de estudos especiais que, pelas suas características próprias, se destinam a pessoas que, mais que aceder à vida profissional, desejam aprofundar conhecimentos gerais.» Em todo o caso, os cursos em causa no presente processo são claramente cursos de formação profissional.

discriminação é directa ou indirecta[11]. Antes de mais, importa, por conseguinte, esclarecer qual a natureza do tratamento discriminatório em questão.

**Natureza do tratamento discriminatório**

37. O decreto limita o número de inscrições pela primeira vez em determinados cursos (enumerados nos artigos 3.º e 7.º) no tocante aos estudantes não residentes. Para ser considerado residente e não ser abrangido por esta restrição, um estudante deve satisfazer duas condições cumulativas descritas no artigo 1.º do decreto: (i) deve demonstrar que tem a sua residência principal na Bélgica; (ii) deve preencher uma das oito condições adicionais aí enumeradas[12].

38. O despacho de reenvio precisa que, pelo facto de todos os nacionais belgas gozarem (por força da sua nacionalidade) do direito de residir na Bélgica a título permanente, na acepção do primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto, preenchem automaticamente as duas condições cumulativas para serem considerados «residentes», desde que tenham a sua residência principal na Bélgica aquando do pedido de inscrição[13].

39. Em contrapartida, para qualquer candidato a estudante que não seja um nacional belga, a segunda condição cumulativa constitui um verdadeiro obstáculo. Para satisfazer essa condição, os cidadãos da UE que não possuem a nacionalidade belga só podem invocar o direito de «residir na Bélgica a título permanente» dentro dos limites traçados pela Directiva 2004/38, a saber, em substância, após ter residido legalmente na Bélgica durante um período ininterrupto de cinco anos[14]. Se não o puderem fazer (e não puderem satisfazer nenhuma das outras sete condições), serão classificados como «não residentes». De facto, é este precisamente o objectivo do decreto.

40. Esta diferença de tratamento constitui discriminação directa ou indirecta em razão da nacionalidade?

41. Na sua notificação para cumprir de 24 de Janeiro de 2007[15], a Comissão considerou que, pelo facto de os nacionais bel-

11 — V. ainda n.º 76 *infra*.

12 — V. n.º 12 *supra*.

13 — V. também os trabalhos preparatórios do decreto: Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2005/06, n.º 263/1, pp. 16-17; *ibid.*, n.º 263/3, p. 18; e o parecer da secção legislativa do Conselho de Estado belga, Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2005/06, n.º 263/1, p. 50.

14 — Artigo 16.º da Directiva 2004/38.

15 — V. n.º 28 *supra*.

gas apenas terem de demonstrar que têm a sua residência na Bélgica, para cumprirem a condição prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto, ao passo que todos os outros devem preencher uma condição adicional, a discriminação é directa. A Comissão não seguiu esta linha de argumentação no presente processo, limitando-se (como todas as outras partes) a examinar as questões prejudiciais com base na discriminação indirecta. Contudo, não creio que o Tribunal de Justiça possa ou deva evitar esta questão.

42. Por uma questão de clareza, analisarei as duas condições impostas pelo decreto separadamente. Contudo, devo primeiro explicar o que considero ser a distinção essencial entre a discriminação directa e a indirecta.

*A distinção entre discriminação directa e indirecta*

43. Surpreendentemente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça não contém uma definição clara de «discriminação directa». Por conseguinte, esse conceito deve ser deduzido das considerações tecidas pelo Tribunal de Justiça a respeito do princípio geral da igualdade de tratamento e do conceito de discriminação indirecta.

44. A frase clássica utilizada pelo Tribunal de Justiça para definir o princípio geral da igualdade de tratamento, enquanto princípio geral do direito comunitário, é a de que este exige que «situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, excepto se esse tratamento for objectivamente justificado»[16]. Esta frase parece aplicar-se às duas formas de discriminação[17]

45. As definições da discriminação directa contidas na Directiva relativa à discriminação em razão do sexo[18], na Directiva relativa à discriminação em razão da raça[19] e na Directiva-quadro relativa à igualdade de tratamento[20] também pouco ajudam. Essencialmente, estas definem discriminação directa como a situação que existe sempre que, por qualquer um dos motivos proibidos, uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa

16 — V. acórdão de 16 de Dezembro de 2008, Arcelor Atlantique e Lorraine e o. (C-127/07, Colect., p. I-9895, n.º 23, e a jurisprudência aí referida). O acórdão de 23 de Abril de 2009, Rüffler (C-544/07, Colect., p. I-3389, n.º 59) reitera a definição clássica no contexto específico da discriminação com base no artigo 12.º CE.

17 — V., de igual modo, as conclusões do advogado-geral Van Gerven de 15 de Julho de 1993, no processo Roberts (acórdão de 9 de Novembro de 1993, C-132/92, Colect., p. I-5579, n.ºs 12 a 14).

18 — Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (reformulação) (JO L 204, p. 23).

19 — Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica (JO L 180, p. 22).

20 — Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional (JO L 303, p. 16).

em situação comparável[21]. Estas definições podem ser confrontadas com as definições, em cada directiva, da discriminação indirecta. Existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro possa colocar numa situação de desvantagem, comparativamente com outras pessoas, pessoas com uma determinada característica que não pode ser utilizada para fazer distinções, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários[22].

46. Mesmo assim, a distinção entre discriminação directa e indirecta é pouco precisa.

47. O problema reside, a meu ver, em determinar o que constitui *precisamente* «uma disposição aparentemente neutra». Esta expressão chave parece estar intrinsecamente ligada ao conceito de «discriminação dissimulada» que aparece noutros acórdãos do Tribunal de Justiça.

48. O Tribunal de Justiça já enunciou que «o princípio da igualdade de tratamento, do qual a proibição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, consagrada no artigo 12.º, n.º 1, CE, constitui uma expressão particular, proíbe não só as discriminações *ostensivas*, baseadas na nacionalidade, mas ainda quaisquer formas *dissimuladas* de discriminação que, por aplicação de outros critérios de distinção, conduzam, de facto, ao mesmo resultado»[23]. Esta fórmula é frequentemente acompanhada de uma frase que descreve as possíveis justificações para a discriminação indirecta. Por exemplo, no que respeita aos trabalhadores migrantes, o Tribunal de Justiça decidiu que a menos que «seja objectivamente justificada e proporcionada face ao objectivo prosseguido, uma disposição de direito nacional deve ser considerada indirectamente discriminatória quando for susceptível, pela sua própria natureza, de afectar mais os trabalhadores migrantes que os trabalhadores nacionais e possa, consequentemente, desfavorecer mais em particular os primeiros»[24].

49. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça parece considerar a diferença entre a discriminação «ostensiva» e a «dissimulada» como sendo o ponto crucial do que distingue a discriminação directa da indirecta. Isto resulta ainda mais claramente do segundo acórdão

21 — V. artigo 2.º, n.º 1, alínea a), da Directiva relativa à discriminação em razão do sexo, artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva relativa à discriminação em razão da raça, e artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva-quadro relativa à igualdade de tratamento.

22 — V. artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Directiva relativa à discriminação em razão do sexo, artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Directiva relativa à discriminação em razão da raça, e artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Directiva-quadro relativa à igualdade de tratamento.

23 — V. acórdão Comissão/Bélgica, já referido na nota 8, n.º 28 (sublinhado meu) e a jurisprudência aí referida e, no que respeita ao artigo 39.º, n.º 2, CE, o acórdão de 11 de Setembro de 2008, Petersen (C-228/07, Colect. p. I-6989, n.º 53 e a jurisprudência aí referida).

24 — Acórdão Petersen, já referido na nota 23, n.º 54 e a jurisprudência aí referida.

Defrenne (a primeira jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a discriminação em razão do sexo), onde o Tribunal de Justiça aludiu à «discriminação directa e ostensiva» e a confrontou com a «discriminação indirecta e dissimulada»[25].

50. Devo confessar que não me parece útil fazer uma distinção nestes termos[26]. É bastante claro que a distinção entre discriminação ostensiva e dissimulada não coincide sempre necessariamente com a distinção entre discriminação directa e indirecta.

51. Um exemplo claro de discriminação dissimulada *directa* encontra-se no acórdão Dekker. E. Dekker foi informada de que o motivo pelo qual não conseguiu o emprego, para o qual era indiscutivelmente a melhor candidata, não foi a sua gravidez, em si mesma, mas as consequências financeiras para o seu futuro empregador. O Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre se a recusa de contratação de E. Dekker devia ser considerada discriminação directa em razão do sexo. Declarou com razão que a resposta dependia «da questão de saber se a razão essencial da recusa de contratação é uma razão que se aplica indistintamente aos trabalhadores dos dois sexos ou, pelo contrário, se ela se aplica exclusivamente a um dos dois sexos». O Tribunal de Justiça concluiu que «uma recusa de contratação por motivo de gravidez só pode ser feita às mulheres e constitui, assim, uma discriminação directa em razão do sexo»[27]. O Tribunal de Justiça confirmou esta abordagem em vários outros processos[28].

52. O advogado-geral Jacobs introduz uma distinção entre a discriminação directa e a indirecta ligeiramente diferente — e, na minha opinião, mais clara — nas suas conclusões no processo Schnorbus: «A situação pode ser exprimida simplesmente dizendo que há discriminação em razão do sexo, quando pessoas de um sexo são tratadas mais favoravelmente que as do outro. A discriminação é directa quando a desigualdade de tratamento é fundada sobre um critério que é quer explicitamente o do sexo, quer

25 — Acórdão de 8 de Abril de 1976 (43/75, Recueil, p. 455, n.º 18). V. também as observações sobre esta distinção, que o Tribunal de Justiça pareceu sugerir que coincide com a diferença entre efeito directo e a sua falta, nas conclusões do advogado-geral Warner de 11 de Dezembro de 1980 no processo Worringham (69/80, Recueil, p. 767, pp. 802 e 803).

26 — V., de igual modo, E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, 2005, pp. 89 e 90. V., ainda, as conclusões apresentadas pelo advogado-geral VerLoren van Themaat em 8 de Dezembro de 1981 no processo Burton (19/81, Recueil, p. 554, n.º 2.6), o qual considerou que o acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1981, Jenkins (96/80, Colect., p. 911) tinha mostrado que a distinção feita no segundo acórdão Defrenne entre discriminação ostensiva e dissimulada, que é importante para determinar se o artigo 119.º é ou não directamente aplicável, não coincide com uma distinção factual entre discriminação directa ou discriminação formal, por um lado, e discriminação indirecta ou discriminação material, por outro.

27 — Acórdão de 8 de Novembro de 1990, Dekker (C-177/88, Colect., p. I-3941, n.ºs 10 e 12).

28 — V. acórdãos de 8 de Novembro de 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, Colect., p. I-3979, n.º 13); de 5 de Maio de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Colect., p. I-1657, n.º 15); de 14 de Julho de 1994, Webb (C-32/93, Colect., p. I-3567, n.º 19); e de 3 de Fevereiro de 2000, Mahlburg (C-207/98, Colect., p. I-549, n.º 20).

*necessariamente ligado a uma característica inseparável do sexo*. É indirecta, quando um outro critério é aplicável, mas este afecta uma proporção claramente mais elevada de pessoas de um sexo que do outro[29].»

53. Essa análise do que constitui discriminação directa é adaptável à discriminação directa por qualquer motivo proibido. Assim, quanto à discriminação em razão da nacionalidade, esta pode considerada directa quando a desigualdade de tratamento é fundada sobre um critério que é quer explicitamente o da nacionalidade, quer necessariamente ligado a uma característica inseparável da nacionalidade.

54. No acórdão Dekker, o Tribunal de Justiça teria chegado à mesma conclusão de que a discriminação era directa se tivesse aplicado o «critério do elemento distintivo único» («but for test»), segundo o qual, se não fosse o facto de apresentar uma determinada característica (sexo, raça, idade, nacionalidade, etc.), a pessoa em questão teria beneficiado do tratamento mais favorável experimentado pelo termo de comparação relevante[30].

Assim reformulada, a questão a apreciar pelo órgão jurisdicional nacional era: «se não fosse a sua gravidez (uma característica inseparável do sexo), em igualdade de circunstâncias, E. Dekker teria sido contratada?» Se a resposta fosse afirmativa, a recusa de contratação constituía discriminação directa baseada no sexo[31].

55. Esta análise implica — principalmente — que seja suficiente, para haver discriminação directa, que, em algum ponto do nexo de causalidade, o tratamento desfavorável recebido pela vítima seja fundamentado, ou causado, com recurso a uma característica que não pode ser utilizada para introduzir distinções de modo a distinguir essa pessoa de outras. Referir-me-ei a esta actuação, por comodidade, como «classificação proibida».

56. Com base nestas considerações, pode-se formular uma definição geral que, até onde posso ver, reflecte com rigor todas as situações reconhecidas pelo Tribunal de Justiça como constituindo discriminação directa por qualquer motivo proibido pelo direito comunitário. Existe discriminação directa quando a categoria dos que beneficiam de uma determinada vantagem e a categoria dos que sofrem uma desvantagem correlativa coincide

29 — Conclusões apresentadas em 6 de Julho de 2000 no processo Schnorbus [C-79/99, Colect., p. I-10997, n.º 33 (sublinhado meu)].

30 — V. também C. Barnard, *CE Employment Law*, 3.ª edição, 2006, p. 321, referindo a decisão da House of Lords no processo James v Eastleigh Borough Council [1990] 3 WLR 55, onde foi reconhecido o «critério do elemento distintivo único» («but for test»).

31 — Dekker, já referido na nota 27, n.ºs 10, 12 e 14.

exactamente com as respectivas categorias de pessoas distinguidas unicamente através da aplicação de uma classificação proibida.

57. Portanto, no caso de E. Dekker, a categoria dos que beneficiam de uma determinada vantagem (os considerados adequados para o emprego) coincidia exactamente com a categoria de pessoas distinguida unicamente através da aplicação de uma classificação proibida (sexo — especificamente, as pessoas que não podem em caso algum engravidar, ou seja, os homens). A categoria dos que sofrem a desvantagem correlativa (os não considerados adequados para o emprego) coincidia exactamente com a correspondente categoria de pessoas distinguida unicamente através da aplicação de uma classificação proibida (sexo, neste caso as pessoas que podem engravidar, ou seja, mulheres). Por conseguinte, o tratamento desfavorável (recusa de contratação) constituiu discriminação directa com base na classificação proibida (sexo).

58. Qual é o resultado da aplicação desta prova da discriminação directa às duas condições previstas no artigo 1.º do decreto?

*A primeira condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto*

59. A primeira condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto exige que os futuros estudantes tenham a sua residência principal na Bélgica à data da sua inscrição numa instituição de ensino superior («requisito da residência principal»).

60. É óbvio que tal condição não constitui discriminação directa com base na nacionalidade. Tanto os belgas como os não belgas podem estabelecer a sua residência principal na Bélgica. Assim, a categoria dos que satisfazem a primeira condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto não coincide com a categoria dos nacionais belgas.

61. O requisito da residência principal constitui discriminação indirecta?

62. O Tribunal de Justiça declarou que a proibição da discriminação com base em critérios de diferenciação aparentemente

neutros, que conduzem, na realidade, a um resultado discriminatório, se aplica, em especial, a uma medida que prevê uma distinção com base no critério da residência. Este critério corre o risco de actuar principalmente em detrimento dos nacionais de outros Estados-Membros, na medida em que os não residentes são, a maioria das vezes, não nacionais[32].

63. Ninguém contesta seriamente que o requisito da residência principal constitui uma medida indirectamente discriminatória.

*A segunda condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto*

64. Creio, em contrapartida, que a segunda condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto constitui discriminação directa em razão da nacionalidade.

65. Todos os nacionais belgas beneficiam *automaticamente* do direito de residir na Bélgica a título permanente (o primeiro de oito critérios possíveis dentro da segunda condição cumulativa do artigo 1.º do decreto). Nenhum cidadão não belga pode beneficiar automaticamente desse direito. Por conseguinte, este último deve, ou satisfazer determinadas condições adicionais para adquirir esse direito (nomeadamente as prescritas pela Directiva 2004/38), ou preencher um dos outros critérios enumerados nessa disposição[33].

66. Consequentemente, a categoria dos que beneficiam de uma determinada vantagem (os que têm *automaticamente* um direito de residir na Bélgica a título permanente e que, portanto, satisfazem *automaticamente* a segunda condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto) coincide exactamente com a categoria de pessoas distinguida unicamente através de uma classificação proibida (nacionalidade, neste caso os que possuem nacionalidade belga). A categoria dos que sofrem uma desvantagem correspondente (os que *não têm automaticamente* esse direito) coincide exactamente com a categoria de pessoas distinguida unicamente através de uma classificação proibida (nacionalidade, neste caso os que não possuem nacionalidade belga).

32 — V. acórdãos de 16 de Janeiro de 2003, Comissão/Itália (C-388/01, Colect., p. I-721, n.º 14 e a jurisprudência aí referida); e de 15 de Março de 2005, Bidar (C-209/03, Colect., p. I-2119, n.º 53). V. também, nesse sentido, por exemplo, acórdão de 18 de Julho de 2007, Hartmann (C-212/05, Colect., p. I-6303, n.os 30 e 31); e acórdão Petersen, já referido na nota 23, n.os 54 e 55.

33 — V. n.os 38 e 39 *supra*.

67. A diferença de tratamento baseia-se claramente num critério (o direito de residir na Bélgica a título permanente) que está necessariamente ligado a uma característica inseparável da nacionalidade[34]. A discriminação em razão da nacionalidade em questão é, portanto, directa.

68. O facto de os cidadãos da UE não belgas poderem, se cumprirem as condições previstas na Directiva 2004/38, obter o direito de residir na Bélgica a título permanente não altera esta conclusão. A discriminação directa reside precisamente no facto de, para todos os não Belgas, incluindo todos os outros cidadãos da UE, o direito de residir na Bélgica a título permanente *depender* do preenchimento de um dos restantes critérios da segunda condição cumulativa, ou dos previstos na Directiva 2004/38. Para os Belgas, este direito está necessária e automaticamente ligado ao facto de serem belgas e, por conseguinte, a uma classificação proibida: a nacionalidade.

69. Chego à mesma conclusão mediante a aplicação do «critério do elemento distintivo único» («but for test»). Consideremos dois candidatos a estudantes de medicina veterinária, tendo ambos concluído a sua formação secundária no Luxemburgo, onde os seus pais vivem e trabalham. Ambos desejam estudar na Bélgica. O estudante A é belga. O estudante B é búlgaro. Os dois mudam-se para um quarto de estudante em Louvain-la-Neuve, no mesmo edifício, e fixam aí residência no início do ano académico de 2008/09, em antecipação da inscrição. Ambos podem, por conseguinte, provar que satisfazem o requisito da residência principal.

70. O estudante A cumprirá *automaticamente* a segunda condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do Decreto. Enquanto belga, tem o direito de residir na Bélgica a título permanente. Por conseguinte, será considerado um «estudante residente» e beneficiará do acesso ilimitado ao curso de medicina veterinária. O estudante B não cumprirá *automaticamente* essa

34 — Comparar com as conclusões do advogado-geral Jacobs apresentadas no processo Schnorbus, já referidas na nota 27, n.º 33. Nesse processo, se o número de pedidos de admissão ao estágio jurídico preparatório de advocacia na Alemanha relativos a uma determinada data de recrutamento excedesse o número disponível dos lugares reservados para a formação, a admissão podia ser diferida por um período que podia ir até doze meses; mas essa regra não se aplicava se circunstâncias excepcionais constitutivas de um caso de necessidade militassem contra o diferimento, o que se considerava ser o caso quando um candidato tivesse cumprido o serviço obrigatório nacional. O advogado-geral declarou com razão que tal se traduzia numa discriminação indirecta em razão do sexo. Nos termos da lei alemã, em vigor à data, as mulheres não podiam beneficiar de prioridade em virtude da regra contestada, enquanto *a maioria esmagadora* dos homens podia. Tal resultava directamente do facto de o critério utilizado — o cumprimento do serviço nacional obrigatório — se referir a uma obrigação imposta pela lei a todos os homens, e unicamente aos homens. Pelo facto de alguns homens não cumprirem o serviço nacional obrigatório e, portanto, não beneficiarem (tal como todas as mulheres) da admissão prioritária, a categoria de pessoas que beneficiavam de uma determinada vantagem (aqueles a quem é atribuída prioridade pelo facto de terem cumprido o serviço nacional obrigatório) não coincidia exactamente com a categoria de pessoas distinguida unicamente através de uma classificação proibida (sexo, neste caso os homens).

condição. Nem cumprirá, presumivelmente, os requisitos da Directiva 2004/38. A não ser que cumpra esses requisitos ou um dos restantes critérios da segunda condição cumulativa (o que, nas referidas circunstâncias, é pouco provável), o estudante B ficará sujeito ao *numerus clausus*.

71. É óbvio que, se não fosse o facto de o estudante A ter nacionalidade belga (critério do elemento distintivo único), este não cumpriria *automaticamente* a segunda condição cumulativa[35].

72. Observo que, no seu parecer sobre o projecto de decreto, o Conselho de Estado belga já parecia ter algumas dúvidas sobre se o que era proposto não constituía discriminação directa — em todo o caso, salientou que a legislação nacional em questão no acórdão Comissão/Áustria tratava os estudantes austríacos que obtiveram o diploma do ensino secundário fora da Áustria do mesmo modo (desfavorável) que os estudantes de outros Estados-Membros[36].

73. Por último, contrariamente ao que alegou o Governo belga na audiência, o acórdão Bidar não permite sustentar que qualquer discriminação resultante da aplicação da segunda condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto é indirecta, e não directa. A legislação do Reino Unido que deu origem ao acórdão Bidar sujeita o direito a um empréstimo para estudantes às condições de estes (i) terem residência permanente no Reino Unido para efeitos da legislação nacional e de (ii) satisfazerem determinadas condições de residência[37]. Segundo a aplicável lei sobre imigração do Reino Unido, considerava-se com residên-

35 — O «critério do elemento distintivo único» («but for test») é normalmente aplicado à pessoa discriminada e não à pessoa que beneficia da vantagem; neste caso, o contrário, *mutatis mutandis*, também é verdade, mas ligeiramente mais difícil de formular: se não fosse o facto de o estudante B *não* ser um nacional belga, também este teria o direito de residência na Bélgica a título permanente decorrente da sua nacionalidade; e também este cumpriria automaticamente a segunda condição cumulativa.

36 — Parecer da secção legislativa do Conselho de Estado belga, Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2005/06, n.º 263/1, p. 50. O Conselho de Estado também chamou atenção para os artigos 3.º, n.º 2, e 7.º, n.º 2, do projecto de decreto, que previam a abolição das restrições em causa se e quando a França abolisse as suas restrições relativas a estudos equivalentes. O Conselho de Estado observou a este respeito o seguinte: «Assim, mais uma vez, foi formulada uma condição que está muito próxima do critério da nacionalidade, uma vez que *os estudantes de nacionalidade francesa são directamente visados*» (sublinhado meu). Estas disposições foram suprimidas do texto final do decreto.

37 — Isto é, a pessoa em questão deve ser residente em Inglaterra ou no País de Gales no primeiro dia do primeiro ano académico do curso e ter residido no Reino Unido ou nas Ilhas durante o período de três anos anteriores a essa data, não incluindo os anos passados no Reino Unido como estudante.

cia permanente no Reino Unido quem aí residisse habitualmente e não estivesse sujeito a qualquer restrição no que respeita ao período em que podia permanecer no seu território[38]. Um nacional de outro Estado-Membro não podia, na qualidade de estudante, obter o estatuto de residente a título permanente no Reino Unido porque não preenchia estes dois critérios.

74. É verdade que (tal como os cidadãos belgas na Bélgica) nenhum cidadão do Reino Unido está sujeito a qualquer restrição no que respeita ao período em que pode permanecer no território do Reino Unido. No entanto, resultou claramente da resposta do Reino Unido às questões colocadas pelo Tribunal de Justiça no processo Bidar que os cidadãos do Reino Unido *também* podiam, em determinadas circunstâncias, não preencher o critério da «residência habitual» e, portanto não ter o estatuto de «residente a título permanente» no Reino Unido[39]. Portanto, a categoria dos que beneficiavam de uma determinada vantagem (os que têm o estatuto de residente a título permanente no Reino Unido) *não* coincidia exactamente com a categoria de pessoas distinguida unicamente através de uma classificação proibida (nacionalidade, neste caso, nacionalidade do Reino Unido).

75. Assim, o Tribunal de Justiça declarou correctamente que a discriminação no processo Bidar era indirecta e não directa. Não obstante, uma vez que a legislação do Reino Unido obstava a qualquer possibilidade de um nacional de outro Estado-Membro obter o estatuto de residente a título permanente enquanto estudante, impedindo-o, assim, de beneficiar de um empréstimo, independentemente do seu verdadeiro grau de integração na sociedade do Estado-Membro de acolhimento, o Tribunal de Justiça deu pouca importância à «condição de residência permanente»[40].

76. Compete, evidentemente, ao órgão jurisdicional nacional determinar qual é a situação nos termos do direito belga. Contudo, se este concluir que todos os nacionais belgas gozam automaticamente e sem excepção do direito de residir na Bélgica a título permanente e, portanto, satisfazem *automaticamente* a segunda condição cumulativa, enquanto que todos os outros, incluindo todos os outros cidadãos da UE, *não* gozam *automaticamente* deste direito, a segunda condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto constitui discriminação directa em razão da nacionalidade, proibida pelo artigo 12.º CE.

38 — Bidar, já referido na nota 32, n.os 14 a 18.

39 — Por exemplo, o filho britânico de pais britânicos que trabalharam na Áustria nos últimos dez anos, e que concluiu o seu ensino secundário na Áustria, não teria direito a um empréstimo para estudantes para assisti-lo nas suas despesas de subsistência de modo a poder frequentar a Universidade de Cambridge.

40 — Acórdão Bidar, já referido na nota 32, n.os 61 e 62.

**A primeira e segunda questões**

77. Com a primeira e segunda questões, pedem-se essencialmente orientações a respeito da questão de saber se o decreto pode ser justificado com base em três razões possíveis: (i) o influxo de estudantes estrangeiros onera excessivamente as finanças públicas; (ii) a qualidade do ensino poderá estar em perigo; (iii) a qualidade do sistema público de saúde da Comunidade francesa poderá estar em perigo devido à falta de pessoal médico qualificado.

78. A resposta depende parcialmente da questão de saber se o tratamento discriminatório é directo ou indirecto[41]. Constitui jurisprudência assente que a discriminação indirecta é, em princípio, susceptível de justificação[42]. A posição no que respeita à discriminação directa é muito mais restritiva[43]. Posto que considero a primeira condição cumulativa indirectamente discriminatória e, a segunda, directamente discriminatória, analisarei cada condição separadamente.

*A primeira condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto é justificável?*

79. O Governo belga invoca abundantemente o acórdão Bidar que, alega, confirma a legitimidade dos requisitos de residência no que diz respeito ao acesso ao ensino, porque permite ao Estado de acolhimento exigir que o estudante candidato, através deste requisito de residência, demonstre um certo grau de integração na sociedade do Estado de acolhimento[44].

80. Existe, no entanto, uma diferença fundamental entre o *acesso a ajuda financeira* para a cobertura dos custos do ensino noutro Estado-Membro, em questão no acórdão Bidar, e o *acesso ao próprio ensino* noutros Estados-Membros, em questão no presente processo.

81. No acórdão Bidar, o Tribunal de Justiça teve em conta, com razão, os interesses legítimos dos Estados-Membros, que se deparam com pedidos de ajuda financeira por parte de estudantes provenientes de outros Estados-Membros. Declarou que os Estados-Membros devem dar provas de uma certa

41 — V. n.º 36 *supra*.

42 — V. n.ºs 45 a 48 *supra*.

43 — V. n.ºs 126 e 126 *infra*.

44 — Acórdão Bidar, já referido na nota 32, n.ºs 57 a 59. V., em geral, a respeito da residência como uma alternativa à nacionalidade potencialmente justificável: G. Davies, «'Any Place I Hang My Hat?' or: Residence is the New Nationality», *European Law Journal*, 2005, pp. 43 a 56.

solidariedade financeira para com os cidadãos de outros Estados Membros[45]. Contudo, podem «ter o cuidado de evitar que a concessão de ajudas destinadas a cobrir as despesas de subsistência de estudantes provenientes de outros Estados-Membros se torne um encargo exagerado que possa ter consequências no nível global da ajuda que pode ser concedida por esse Estado»[46].

82. Em contrapartida, a possibilidade de um estudante da União Europeia aceder ao ensino superior ou universitário de outro Estado-Membro, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado-Membro, constitui a própria essência do princípio da livre circulação de estudantes, garantida pelo Tratado[47]. Portanto, as afirmações do Tribunal de Justiça no acórdão Bidar a respeito das condições de residência para a concessão de uma ajuda financeira não podem ser transpostas para o presente processo[48].

83. É jurisprudência assente que o tratamento discriminatório indirecto em razão da nacionalidade só pode ter justificação quando se baseie em considerações objectivas, independentes da nacionalidade das pessoas envolvidas e proporcionadas ao objectivo legitimamente prosseguido[49].

84. O Tribunal de Justiça declarou igualmente que é às autoridades nacionais que invocam uma derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de pessoas que cabe demonstrar, em cada caso, que as suas normas são necessárias e proporcionadas à luz do objectivo prosseguido. As razões justificativas que podem ser invocadas por um Estado-Membro devem ser acompanhadas da análise da oportunidade e da proporcionalidade da medida restritiva adoptada por esse Estado, bem como dos elementos precisos que permitam suster a sua argumentação[50].

85. O despacho de reenvio cita os trabalhos preparatórios[51] do decreto, indicando que as disposições contestadas têm por objectivo «garantir à população da Comunidade francesa um acesso amplo e democrático a um ensino superior de qualidade». As disposições impugnadas também foram inspiradas por considerações em matéria de saúde pública. Em primeiro lugar, uma redução na

45 — Acórdão Bidar, já referido na nota 32, n.º 56, referindo o acórdão de 20 de Setembro de 2001, Grzelczyk (C-184/99, Colect., p. I-6193, n.º 44).

46 — Acórdão Bidar, n.ºs 56 e 57.

47 — V., nesse sentido, acórdão Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 70.

48 — V. Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2005/06, n.º 263/1, p. 54, onde a secção legislativa do Conselho de Estado belga alertou o Governo da Comunidade francesa precisamente para esta questão.

49 — V. acórdão de 16 de Dezembro de 2008, Huber (C-524/06, Colect. p. I-9705, n.º 75 e a jurisprudência aí referida).

50 — Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 63, e a jurisprudência aí referida.

51 — Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2005/06, n.º 263/1, pp. 12 e 13.

qualidade do ensino alterará provavelmente, a longo prazo, a qualidade dos cuidados prestados. Em segundo lugar, a grande maioria dos estudantes não residentes não pretende exercer na Bélgica, o que conduz a um risco de carência de profissionais. Esta carência será alegadamente «certa» se for introduzida uma selecção antes da entrada.

86. Devido à separação funcional entre o Tribunal de Justiça e o órgão jurisdicional de reenvio, cabe a este Tribunal declarar se algum dos fundamentos apresentados, se provado, fornece uma justificação objectiva para a discriminação indirecta. Em caso de resposta afirmativa, cabe depois ao órgão jurisdicional nacional determinar se, com base na prova produzida, os fundamentos foram efectivamente provados.

Imposição de um ónus excessivo às finanças públicas

87. Os trabalhos preparatórios do decreto contêm a seguinte referência à imposição de um ónus excessivo às finanças públicas em termos de justificação[52]:

«O número dos que obtêm um diploma no sistema de ensino superior da Comunidade francesa nos [cursos em questão] excede manifestamente as necessidades dos sectores em causa na Bélgica francófona. A Comunidade francesa não pode suportar o ónus excessivo representado pelos estudantes não residentes na Bélgica, que vêm estudar na Comunidade francesa pela simples razão de não terem acesso a esses estudos no país de origem, e que não têm absolutamente nenhuma intenção de exercer a profissão na Comunidade francesa.»

88. A primeira frase, que refere que o número de estudantes que obtêm um diploma «excede manifestamente» as necessidades da Comunidade francesa, não é facilmente reconciliável com a justificação alternativa baseada no perigo que corre o sistema de saúde pública, que parte do princípio de uma potencial carência futura de pessoal de saúde qualificado[53].

89. O argumento apresentado na segunda frase é, no essencial, puramente económico. É problemático pelas seguintes razões.

90. Em primeiro lugar, recordo que é jurisprudência constante que motivos de natureza

52 — Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2005/06, n.º 263/1, p. 9.

53 — V. ainda n.os 112 a 124 *infra*.

meramente económica não podem constituir razões imperiosas de interesse geral susceptíveis de justificar uma restrição a uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado[54].

91. É verdade que o Tribunal de Justiça aceitou que não se pode excluir que um risco grave para o equilíbrio financeiro do sistema de segurança social poderá constituir uma razão imperiosa de interesse geral susceptível de justificar um entrave à livre prestação de serviços[55]. Assim, os motivos económicos ou orçamentais podem, em circunstâncias especiais, ser invocados como justificação. Tal pode, em parte, reflectir o facto incontornável de que todo o serviço público prestado pelos nossos estados sociais depende da existência de recursos orçamentais suficientes para o seu financiamento.

92. No entanto, partilho as reservas expressas pelo advogado-geral Jacobs no que diz respeito à aplicação ao domínio do ensino superior de declarações do Tribunal de Justiça feitas no contexto dos encargos que oneram os sistemas nacionais de segurança social. Tais declarações contêm uma derrogação dupla: ambas derrogam o princípio fundamental da livre circulação de pessoas e os fundamentos aceites com base nos quais tais derrogações podem ser justificadas (que, nos termos do Tratado, são exclusivamente *não* económicos). Por conseguinte, as justificações invocadas com base em fundamentos económicos devem ser abordadas com reserva[56].

93. O advogado-geral Jacobs também sugeriu que, caso o Tribunal de Justiça amplie o actual alcance dos direitos dos estudantes no que respeita a uma assistência financeira que vá além das propinas e das taxas de inscrição dos estudantes, o leque das justificações possíveis a invocar pelos Estados-Membros deve ser igualmente ampliado de acordo com a jurisprudência referente aos destinatários dos serviços públicos de saúde[57]. No acórdão Bidar, o Tribunal de Justiça ampliou efectivamente o alcance dos direitos dos estudantes no que respeita a uma assistência financeira, incluindo os empréstimos para a sua subsistência, e aceitou (paralelamente)

54 — Acórdão de 17 de Março de 2005, Kranemann (C-109/04 Colect., p. I-2421, n.º 34 e a jurisprudência aí referida). A expressão «raisons impérieuses d'intérêt général», utilizada sistematicamente pelo Tribunal de Justiça em francês, tem sido traduzida para inglês de diversas formas. Parece-me que «overriding reasons in the public interest» é a tradução que melhor reflecte o significado. Foi recentemente utilizada, por exemplo, no acórdão de 26 de Março de 2009, Comissão/Itália (C-326/07, Colect. p. I-2291, n.º 41).

55 — V. acórdãos de 28 de Abril de 1998, Kohll (C-158/96, Colect., p. I-1931, n.º 41) e de 12 de Julho de 2001, Vanbraekel (C-368/98, Colect., p. I-5363, n.º 47).

56 — Conclusões do advogado-geral Jacobs apresentadas no processo Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 31; v. também n.os 33 a 35 sobre os motivos pelos quais o ensino superior difere significativamente dos sistemas nacionais de segurança social [sobretudo porque não é um serviço na acepção do artigo 49.º CE: v., a este respeito, acórdão de 27 de Setembro de 1988, Humbel (263/86, Colect., p. 5365, n.os 17, 18 e 19); e de 7 de Dezembro de 1993, Wirth (C-109/92, Colect., p. I-6447, n.os 15 a 19)].

57 — Conclusões do advogado-geral Jacobs apresentadas no processo Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 46.

que um estudante deve demonstrar um certo grau de integração no Estado-Membro de acolhimento antes de poder aceder a esse empréstimo. Os motivos orçamentais podem, portanto, dentro de certos limites, justificar a limitação do acesso ao apoio financeiro ao ensino.

94. Contudo, como já salientei, o presente processo diz respeito ao acesso à educação, e não ao acesso ao apoio financeiro ao ensino; pelo que o acórdão Bidar não é transponível. Não aceito que os motivos orçamentais possam ser invocados para justificar a limitação do acesso à educação dos estudantes não residentes. Pelo contrário, parece-me que a afirmação do Tribunal de Justiça no acórdão Grzelczyk, no sentido de que a Directiva 93/96[58] «admite […] uma determinada solidariedade financeira dos nacionais desse Estado-Membro com os dos outros Estados-Membros»[59], feita no contexto do apoio financeiro ao ensino, se aplica *a fortiori* ao acesso à educação.

95. Em segundo lugar, verifica-se que o legislador da Comunidade francesa se baseia no conhecido argumento da «boleia»: os estudantes que se deslocam além fronteiras para estudar aproveitam os benefícios do ensino com financiamento público do Estado-Membro de acolhimento, mas não contribuem para o seu financiamento através dos impostos nacionais (dos seus pais), nem necessariamente o «retribuem», permanecendo no Estado de acolhimento para aí trabalharem e se tornarem contribuintes[60]. O argumento implícito é o de que os estudantes não belgas em questão estão a praticar algum tipo de abuso. Claramente, não é isso que acontece no caso em apreço. Os estudantes que se deslocam para outro Estado-Membro para aí prosseguirem os seus estudos estão a exercer o seu direito de livre circulação — um direito que, enquanto cidadãos da União, devem poder gozar sem qualquer discriminação em razão da nacionalidade[61]. As suas supostas intenções, invocadas pelo legislador da Comunidade francesa, são completamente irrelevantes[62].

96. Partilho igualmente das opiniões expressas pelos advogados-gerais Jacobs e Geelhoed (nos acórdãos Comissão/Áustria e Bidar,

58 — Directiva 93/96/CEE do Conselho de 29 de Outubro de 1993 relativa ao direito de residência dos estudantes (JO L 317, p. 59).

59 — Já referido na nota 44, n.º 44.

60 — V. as conclusões do advogado-geral Jacobs no processo Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 36.

61 — Acórdão Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 45 e a jurisprudência aí referida.

62 — V. acórdão Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 70, e (no mesmo sentido), as conclusões do advogado-geral Jacobs, n.º 41. O Tribunal de Justiça declarou inequivocamente que as intenções que possam ter levado um trabalhador de um Estado-Membro a procurar trabalho noutro Estado-Membro são irrelevantes no que respeita ao seu direito de entrada e de residência no território deste Estado, desde que o trabalhador aí exerça ou pretenda exercer uma actividade real e efectiva: v. acórdão de 53/81 Levin [1982] Colect., p. 1035, n.º 23; e acórdão de C-109/01 Akrich, Colect., p. I-9607, n.º 55.

respectivamente) no sentido de que, apesar de os estudantes não contribuírem directamente para o sistema fiscal do Estado onde prosseguem os seus estudos universitários, constituem uma fonte de rendimento para a economia das localidades onde se situam as universidades e também, e até um certo ponto, para as tesourarias nacionais, através dos impostos indirectos[63]. Levado até à sua conclusão lógica, o argumento de que só os que contribuíram através do pagamento dos impostos poderão usufruir dos benefícios financiados pelo Estado excluiria de qualquer desses benefícios os próprios nacionais de um Estado-Membro que não tenham contribuído ou só o tenham feito de forma modesta[64].

97. Em terceiro lugar, a explicação dada pela Comunidade francesa, como resulta do despacho de reenvio e das observações apresentadas pela Bélgica no Tribunal de Justiça, não mostra de que forma os encargos financeiros causados à Comunidade francesa por estas categorias de estudantes são «excessivos» ou de que forma o decreto resolve o alegado problema[65]. Pelo contrário, afigura-se que o ensino superior é financiado através de um sistema de «envelope fechado». Se entendi correctamente, tal implica que uma redução no número de estudantes (independentemente da nacionalidade) não dá origem a uma correlativa poupança para a Comunidade francesa. O aumento ou a redução do número de estudantes são neutros em termos de orçamento.

98. Por último, observo que, na Cour Constitutionnelle, os demandantes sugeriram que todos os estudantes não residentes deviam ser admitidos no curso escolhido, mas que não havia necessariamente que lhes conceder apoio financeiro. Nas suas observações escritas, o Governo belga respondeu afirmando que uma tal proposta «não permitiria atingir os objectivos [do decreto], que, afinal de contas, não são de natureza financeira».

99. Resumindo, no que respeita ao primeiro fundamento de justificação apresentado pelo Governo belga: não aceito que o perigo de um ónus excessivo imposto às finanças públicas possa, em princípio, servir de justificação à

63 — Conclusões do advogado-geral Jacobs apresentadas no processo Comissão/Áustria, já referido na nota 7, nota 29. V., a este respeito, as declarações do Sr. Rémy, director dos estudos paramédicos e pedagógicos na Haute École provinciale du Hainaut occidental, que salienta as consequências benéficas da presença de estudantes estrangeiros: «A presença massiva de estudantes franceses permitiu-nos alargar os nossos horizontes. Foi desenvolvida toda uma série de projectos graças ao sucesso dos nossos cursos de fisioterapia e de terapia ocupacional que nos garantem um bom nível de financiamento, por exemplo, no que diz respeito à investigação e à formação contínua. Infelizmente, tudo isso vai desaparecer.» («C'est une vraie catastrophe pour notre école», *La Libre*, 3 de Fevereiro de 2006).

64 — Conclusões apresentadas em 11 de Novembro de 2004 pelo advogado-geral Geelhoed no processo Bidar, já referido na nota 32, n.º 65. V., já nesse sentido, as conclusões apresentadas em 16 de Janeiro de 1985 pelo advogado-geral Slynn no processo Gravier, já referido na nota 8, p. 604.

65 — Conforme também observado no Avis du Corps interfédéral de l'inspection des finances de 31 de Janeiro de 2006, incluído nos autos, p. 5.

discriminação indirecta no que respeita ao acesso à educação; nem considero (se, ao contrário do que defendo, tal justificação estivesse teoricamente ao dispor dos Estados-Membros) que o mesmo tenha sido provado no presente processo.

Ameaça à qualidade do ensino

100. Os trabalhos preparatórios do decreto continuam invocando uma justificação alternativa[66]:

«Para além do ónus financeiro [...], existe também a questão da qualidade do ensino. Se existirem demasiados estudantes, será impossível garantir-lhes uma estrutura de ensino adequada em termos quantitativos e qualitativos. As possibilidades de estágio num meio profissional também não são ilimitadas.»

101. No órgão jurisdicional de reenvio, a Comunidade francesa alegou que o decreto visava os «efeitos perversos da mobilidade absoluta»: nomeadamente, que o sempre crescente número de estudantes não residentes ameaçava a qualidade do ensino, em detrimento de todos os estudantes, que os estabelecimentos de ensino tinham uma capacidade limitada para receberem estudantes e que o pessoal docente, o orçamento e as oportunidades de formação prática eram limitados.

102. O problema das aulas sobrelotadas é conhecido tanto dos estudantes como dos académicos. Trata-se de uma preocupação legítima. O Tribunal de Justiça reconheceu que os objectivos da «preservação ou [...] aperfeiçoamento do sistema educativo»[67] e de «assegurar um alto nível das formações universitárias»[68] constituem objectivos legítimos ao abrigo do Tratado. As restrições baseadas nestes fundamentos devem, não obstante, satisfazer o critério da proporcionalidade: devem ser adequadas a garantir a realização do objectivo que prosseguem e não devem ultrapassar o que é necessário para atingir esse objectivo[69].

103. Os documentos dos autos mostram que a adopção do decreto se baseou principalmente em estatísticas que mostravam o aumento do número de estudantes inscritos que não tinham obtido o seu diploma do

66 — Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2005/06, n.º 263/1, p. 9. V. n.º 87 *supra*.

67 — Acórdão Lyyski, já referido na nota 8, n.º 39.

68 — Acórdão de 13 de Novembro de 2003, Neri (C-153/02, Colect., p. I-13555, n. ° 46).

69 — Acórdão Neri, n.º 46.

ensino secundário na Bélgica. Este número varia significativamente entre os diferentes cursos abrangidos pelo decreto[70]. O número de estudantes não residentes inscritos nos cursos em questão não estava disponível antes da adopção do decreto. Em termos globais, fica-se com a impressão clara de que a legislação que impõe um *numerus clausus* aos estudantes não belgas relativamente a alguns cursos com perfis bastante diversos foi introduzida com base numa informação bastante heterogénea sobre alguns aspectos da inscrição dos estudantes em alguns desses cursos. Isso é inadmissível. Para evitar equívocos, devo esclarecer que não considero que a Comunidade francesa devia esperar passivamente pela produção de danos significativos em sectores específicos do seu sistema de ensino superior antes da adopção de quaisquer medidas. O que penso, pelo contrário, é que os elementos concretos que deveriam levar um legislador prudente a concluir legitimamente que um dado problema emergente concreto necessitava de ser eliminado à partida (e que, portanto, medidas com objectivos específicos eram necessárias e proporcionadas) — tanto quanto resulta dos elementos submetidos ao Tribunal de Justiça — muito simplesmente não estavam disponíveis e/ou não foram examinados quando o decreto foi adoptado.

104. Além disso, creio que, se o número de estudantes constitui um problema, este não é mais ou menos problemático dependendo da proveniência dos estudantes excedentários. O problema é o excesso do número de estudantes em si mesmo, e não o excesso do número de estudantes *não residentes*. Afigura-se-me, pelo contrário, que a intenção do decreto foi preservar o acesso ilimitado ao ensino superior para os belgas e, ao mesmo tempo, tornar este acesso mais difícil para os estudantes estrangeiros (provenientes sobretudo de França), para os quais o sistema de ensino superior da Comunidade francesa constitui uma alternativa natural. Semelhante objectivo é claramente discriminatório e não é compatível com os objectivos do Tratado[71].

105. O Tribunal de Justiça já declarou que a procura excessiva no tocante ao acesso a determinadas formações pode encontrar solução na adopção de medidas não discriminatórias específicas, como a instituição de um exame de admissão ou a exigência de um nível mínimo de acesso. Tais medidas respeitam o artigo 12.º CE[72].

106. Um Estado-Membro pode pretender manter um livre acesso ilimitado ao ensino superior. É perfeitamente livre de o fazer. Porém, nesse caso, deve estar preparado para oferecer um livre acesso ilimitado para todos

70 — Os comentários que acompanham os dados estatísticos contidos nos documentos dos autos observam expressamente que o aumento dos estudantes com um diploma do ensino secundário estrangeiro é exclusivamente atribuível a dois cursos: «fisioterapia e reabilitação» e «medicina veterinária».

71 — V., por analogia, as conclusões do advogado-geral Jacobs apresentadas no processo Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 30.

72 — Acórdão Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 61. V. também as conclusões do advogado-geral Jacobs, n.º 52.

os estudantes da União Europeia, independentemente da nacionalidade. O artigo 12.º CE exige a cada Estado-Membro que assegure uma perfeita igualdade de tratamento entre os seus nacionais e os nacionais de outros Estados-Membros abrangidos por uma situação regulada pelo direito comunitário [73]. O estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros, e permite aos que entre estes se encontrem na mesma situação obter, independentemente da sua nacionalidade, o mesmo tratamento jurídico [74]. Livre acesso à educação não pode significar «livre acesso — mas apenas para os nossos nacionais».

107. Uma política restritiva do acesso a determinados cursos (como a praticada pela França) também é, em princípio, aceitável. Um Estado-Membro é tão livre de escolher esta opção como a do acesso ilimitado. Efectivamente, a Bélgica não alega em nenhum momento que a França esteja a violar o Tratado CE pelo facto de agir desse modo. É jurisprudência assente que, mesmo que outro Estado-Membro possa estar a violar o direito comunitário, tal não legitima a tomada por outro Estado-Membro de medidas correctivas ou de defesa que, de resto, são ilegais [75]. Isto é tanto mais assim quanto um Estado-Membro adopte medidas discriminatórias em resposta aos efeitos colaterais de uma opção política legítima de outro Estado-Membro.

108. Parece-me que a adopção de medidas menos discriminatórias poderá significar, muito provavelmente, o abandono do actual sistema de acesso público ilimitado ao ensino superior para todos os belgas. Compreendo que tal será considerado indesejável e que poderá ser preferível que (na medida do necessário) os fluxos transfronteiriços de estudantes sejam regulados ao nível comunitário [76]. Contudo, na ausência de um tal sistema, o facto de estas alterações poderem ser necessárias assenta na necessidade que há de respeitar as obrigações decorrentes do princípio da igualdade de tratamento previsto no Tratado [77].

109. A Bélgica e determinados Estados-Membros que se deparam com situações

73 — Acórdão de 6 de Junho de 2002, Ricordi (C-360/00, Colect., p. I-5089, n.º 31).

74 — Acórdãos Grzelczyk, já referido na nota 44, n.º 31; e Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 45, e a jurisprudência aí referida.

75 — Acórdão de 20 de Outubro de 2005, Comissão/Suécia (C-111/03, Colect., p. I-8789, n.º 66 e a jurisprudência aí referida).

76 — V. n.os 151 a 153 *infra*.

77 — V., no mesmo sentido, as conclusões apresentadas em 20 de Janeiro de 2005 pelo advogado-geral Jacobs no processo Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 53.

semelhantes alegaram já que se encontram numa posição vulnerável ímpar[78].

110. Os problemas enfrentados pela Comunidade francesa na Bélgica e pelo Governo austríaco que resultam do influxo de um número de estudantes estrangeiros que podem ou desejam prosseguir os seus estudos, respectivamente em francês e em alemão, não são, de facto, exclusivos da Bélgica e da Áustria. Outros Estados-Membros podem também deparar-se com um influxo de estudantes de outros Estados-Membros motivado por uma linguagem comum ou por outro motivo especial[79].

111. Os trabalhos preparatórios do decreto[80] referem que um exame de acesso (a solução neutra óbvia para uma ameaça perceptível à qualidade do ensino resultante do número excessivo de estudantes)[81] favoreceria os estudantes que, pelos seus antecedentes sociais privilegiados ou por outros motivos, se encontram melhor preparados para os cursos a que se candidatam. Esta afirmação não foi apoiada por nenhuma evidência empírica submetida ao Tribunal de Justiça. Se, efectivamente, fosse esse o caso, creio que as soluções adequadas deviam ser outras. O problema não pode, por si só, justificar o recurso a medidas discriminatórias que violam o direito comunitário.

112. Não se pode excluir que possam ocorrer circunstâncias em que se possa demonstrar a existência de uma ameaça real, grave e eminente à qualidade do ensino universitário num sector específico. O Tribunal de Justiça poderá, em tal caso, pretender reexaminar se as medidas indirectamente discriminatórias de reacção a uma tal ameaça são, em princípio, susceptíveis de uma justificação concreta. No presente processo, mesmo que tal justificação seja teoricamente possível (questão que deixo expressamente em aberto), os elementos de prova submetidos ao Tribunal de Justiça são demasiado insuficientes para justificar o tratamento discriminatório.

113. Concluo, por conseguinte, que as medidas adoptadas no decreto em questão não podem ser justificadas com base no perigo

78 — Nomeadamente a Áustria, no processo Comissão/Áustria, já referido na nota 7.

79 — Segundo as estatísticas da OCDE de 2006 (disponível online em www.oecd.org), a Bélgica tinha 40 607 estudantes não nacionais numa população total de 10 511 382 (1 : 258,8). Comparativamente, a Dinamarca, tinha 19 123 estudantes não nacionais numa população total de 5 427 459 (1 : 283,8); a Suécia, 41 410 estudantes não nacionais numa população total de 9 047 752 (1 : 218,4); e o Reino Unido, 418 353 estudantes não nacionais numa população total de 60 412 870 (1 : 144,4). Dada a prevalência dos cursos de língua inglesa, este ultimo número não é surpreendente. Contudo, não é possível dizer qual é a proporção destes estudantes não nacionais que corresponde a nacionais de Estados não pertencentes à UE, cujo acesso ao ensino superior pode ser legalmente limitado.

80 — Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2005/06, n.º 263/1, p. 9.

81 — V. n.º 103 *supra* e o acórdão Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 61.

identificado para a qualidade do ensino universitário na Comunidade francesa.

A qualidade do sistema público de saúde

114. A justificação final apresentada é a de que são muito poucos os estudantes a residir na Comunidade francesa (em comparação com os estudantes não residentes) que obtêm diplomas em determinadas especialidades. Portanto, a longo prazo, poderá não haver suficiente pessoal médico qualificado para garantir a qualidade do sistema público de saúde dessa Comunidade.

115. Os trabalhos preparatórios do decreto destacam, a este respeito, a medicina veterinária, em relação à qual a Comunidade francesa organizou um exame de acesso em 2003, 2004, e 2005. No concurso de 2005, apenas 192 candidatos de um total de 795 tinham obtido o seu diploma do ensino secundário na Comunidade francesa. Dos 250 candidatos bem sucedidos (número fixado pelo legislador), 216 obtiveram o seu diploma do ensino secundário no estrangeiro. Tal implica que apenas 34 candidatos com formação nacional puderam iniciar o curso de medicina veterinária[82]. O legislador tira as seguintes conclusões[83]:

«Esse número é claramente insuficiente. Se não for tomada nenhuma medida, a Comunidade francesa corre o risco de se deparar com uma carência de veterinários. Há uma probabilidade significativa de o número insuficiente de veterinários não ser compensado por veterinários de outros Estados, devido às limitações que existem noutros países. É óbvio que uma tal carência de veterinários poderá comportar riscos muito sérios para a saúde pública.»

116. No âmbito de uma acção por incumprimento, o Tribunal de Justiça exige uma avaliação profunda do risco alegado pelo Estado-Membro que invoca a derrogação por razões de saúde pública prevista no artigo 30.º CE[84]. Um nível semelhante de fis-

82 — Refira-se que mesmo que todos os 192 candidatos que obtiveram os seus diplomas do ensino secundário na Comunidade francesa tivessem sido bem sucedidos, estes seriam ainda insuficientes para preencherem os 250 lugares disponíveis.

83 — Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2005/06, n.º 263/1, p. 5.

84 — V., por exemplo, acórdão de 12 de Março de 1987, Comissão/Alemanha (178/84, Colect., p. 1227); de 5 de Fevereiro de 2004, Comissão/França (C-24/00, Colect., p. I-1277, n.º 54); e de 23 de Setembro de 2003, Comissão/Dinamarca (C-192/01, Colect., p. I-9693, n.º 47).

calização é aplicável aos pedidos de decisão prejudicial[85], embora a determinação final dos factos seja, naturalmente, da competência do órgão jurisdicional nacional.

117. A meu ver, os elementos fornecidos pela Bélgica nos documentos dos autos demonstram que a avaliação do risco que está na base da justificação de saúde pública invocada está longe de satisfazer o nível exigido.

118. Em primeiro lugar, conforme resulta das observações escritas apresentadas pelo Governo belga, a potencial falta de veterinários parece ter sido criada pelo sistema introduzido pela própria Comunidade francesa — que reduziu o número de estudantes de ciências veterinárias para garantir a qualidade do ensino. É (no mínimo) curioso, de um ponto de vista conceptual, que as medidas adoptadas para preservar a qualidade do ensino (uma justificação devidamente apresentada para as medidas discriminatórias) levem simultaneamente o Governo belga a invocar a potencial carência de profissionais de saúde devidamente qualificados.

119. Em segundo lugar, os documentos dos autos sugerem que o potencial futuro problema identificado tem origem numa possível combinação (pelo menos) dos seguintes factores: (i) a carência de candidatos que tenham obtido os seus diplomas de ensino secundário na Comunidade francesa, que pretendam estudar para serem veterinários e que sejam suficientemente bons para conseguirem uma das 250 vagas para estudar ciências veterinárias, face à concorrência de outros candidatos da UE; (ii) a presunção de que a maioria dos estudantes admitidos nos cursos de ciências veterinárias que *não* obtiveram os seus diplomas do ensino secundário na Comunidade francesa regressarão automaticamente ao(s) respectivo(s) Estado(s)-Membro(s) de origem depois de concluírem os seus estudos. Destes fundamentos, (i) parece encontrar alguma base nas estatísticas[86]; mas (ii) é uma mera presunção. Pressupõe, especificamente, que os veterinários não belgas regressarão, em geral, aos seus próprios Estado(s)-Membro(s) depois de se licenciarem, *independentemente* das perspectivas locais de emprego. Poder-se-ia pensar que (pelo contrário), havendo carência de veterinários qualificados na Bélgica francófona, tal carência poderá desencadear uma reacção (do mercado ou das autoridades públicas) que torne as perspectivas de emprego locais mais atractivas e que encoraje alguns veterinários não belgas

85 — V., por exemplo, acórdão de 11 de Dezembro de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Colect., p. I-14887, n.os 112 a 124).

86 — V. os números referidos no n.º 114 e a nota 82 *supra*.

recém-qualificados a iniciar as suas carreiras profissionais no Estado-Membro onde se formaram.

120. Em terceiro lugar, tanto a Comunidade francesa como o Governo Federal (ou ambos actuando conjuntamente)[87] possuem os necessários instrumentos reguladores para abordar o potencial problema. As possíveis soluções mencionadas nos documentos submetidos ao Tribunal de Justiça incluem o ajustamento do número de veterinários aos quais será permitido anualmente obter a licenciatura ou que serão admitidos na segunda parte (clínica) do curso de medicina veterinária[88], a cooperação entre as escolas secundárias e as faculdades para ajustar o nível do ensino pré-universitário de modo a assegurar que um número suficiente de belgas cumpra os requisitos de um exame estabelecido a um nível adequado e a introdução de um ano de estudos preparatório para preparar melhor os candidatos a veterinários para o próprio curso universitário[89].

121. Compreendo que a implementação de tais medidas possa levantar dificuldades práticas. No entanto, é jurisprudência assente que tais dificuldades não podem justificar, por si só, a restrição a uma liberdade garantida pelo Tratado[90].

122. Além disso, a secção legislativa do Conselho de Estado belga observou que a experiência com a medicina veterinária não se estende necessariamente a outros cursos. Por exemplo, apesar da quota federal para estudos de fisioterapia, o número dos que obtêm um diploma que pretende exercer a profissão na Bélgica parece estar muito próximo das necessidades da profissão estimadas pelo Governo Federal[91].

87 — Na audiência, os demandantes alegaram que a saúde pública não é, de facto, uma competência da Comunidade francesa, mas do Governo Federal, e que, no caso em apreço, os procedimentos exigidos pelo direito constitucional belga para a adopção de uma medida destinada a salvaguardar a saúde pública, não tinham sido seguidos. Essa questão deve ser decidida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

88 — Parece que a concorrência entre veterinários que causou problemas se deveu, em grande parte, a um excesso de estudantes na segunda parte do curso: Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2005/06, n.º 263/1, pp. 5 e 6.

89 — Conforme sugerido pelo Sr. Claude Ancion, membro do parlamento da Comunidade francesa, numa questão colocada ao Ministro do Ensino Superior, da Investigação Científica e das Relações Internacionais: Compte rendu intégral, Parlement de la Communauté française, 2004/05, 13 de Outubro de 2005, p. 53 (a questão e resposta do Ministro constam dos trabalhos preparatórios do Decreto: Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2005/06, n.º 263/1, p. 9, nota 8).

90 — Acórdão de 27 de Novembro de 2008, Papillon (C-418/07, Colect. p. I-8947, n.º 54 e a jurisprudência aí referida). O mesmo sucede quanto às dificuldades financeiras, que compete aos Estados-Membros superar, tomando as medidas apropriadas para tal: v. acórdão de 5 de Julho de 1990, Comissão/Bélgica (C-42/89, Colect., p. I-2821, n.º 24).

91 — Doc. parl., Parlement de la Communauté française, 2005/26, n.º 263/1, p. 53 e 56. Os últimos dados disponíveis da EUROSTAT (2007) mostram que a Bélgica tem uma média nacional de 242,7 fisioterapeutas por cada 100 000 habitantes. A Região da Valónia da Bélgica tem 268 por cada 100 000 habitantes (e há 416,9 por cada 100 000 habitantes na província do Brabante Valão). A Região de Bruxelas-Capital apresenta 218,1 por cada 100 000 habitantes. Estes valores são comparados com uma média nacional de 104 fisioterapeutas por cada 100 000 habitantes em França e de 103 fisioterapeutas por cada 100 000 habitantes na Alemanha (dados da EUROSTAT de 2006). A Ministra da Saúde indicou que o exame no final dos estudos de fisioterapia (que permite ao fisioterapeuta obter um número atribuído pelo Instituto Nacional de Saúde e de Seguro de Incapacidade belga, o qual confere aos seus pacientes o direito de serem reembolsados pelo respectivo seguro de saúde) terá de ser abolido — podendo ser eventualmente substituído por um exame no início dos estudos: Note de Politique Générale de la Vice-première Ministre et Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, Doc. parl., Chambre, 2008/09, n.º 1529/5, p. 16.

123. Em quarto lugar, «os conhecimentos adquiridos por um estudante nos seus estudos superiores não o destinam em geral a um determinado mercado geográfico»[92]. Os não residentes que obtenham um diploma na Comunidade francesa poderão, portanto, ser encorajados, mediante incentivos adequados, a iniciar a sua carreira profissional na região onde estudaram.

124. Estas observações aplicam-se *mutatis mutandis* aos outros cursos objecto do decreto impugnado.

125. No que diz respeito a uma eventual justificação por motivos de saúde pública, verifica-se que o decreto tem essencialmente natureza preventiva. Salvo se os documentos submetidos ao órgão jurisdicional nacional forem substancialmente mais esclarecedores do que os dos presentes autos, não se pode, em meu entender, considerar respeitado o critério da proporcionalidade[93]. Sempre que esteja em causa um tratamento discriminatório, como uma medida de precaução a respeito de um provável problema futuro, o critério da proporcionalidade deve ser aplicado com especial cuidado.

126. Com base nos documentos dos autos, concluo que o decreto impugnado não pode ser justificado com base no facto de o número de estudantes residentes na Comunidade Francesa que obtêm o seu diploma ser demasiado baixo para assegurar a existência, com carácter duradouro, de pessoal médico qualificado suficiente a fim de garantir a qualidade do regime de saúde pública nesta comunidade.

Conclusão quanto à primeira condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto

127. Donde resulta que o requisito (indirectamente discriminatório) de residência, previsto no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto, não pode ser justificado com base em nenhum dos fundamentos invocados pela Bélgica.

92 — Acórdão Bidar, já referido na nota 32, n.º 58.

93 — V., por analogia, as conclusões do advogado-geral Jacobs no processo Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 51.

*A segunda condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto*

128. Tanto quanto me é dado saber, o Tribunal de Justiça nunca considerou que uma medida que discrimina directamente em razão da nacionalidade, em violação do artigo 12.º CE, possa ser justificada[94]. Já indiquei anteriormente por que motivo considero que a segunda condição cumulativa prevista no decreto impugnado constitui uma discriminação directa[95].

129. A abordagem desta questão pelo Tribunal de Justiça é muito lógica. A discriminação directa por motivos proibidos pelo Tratado é tão contrária à própria ideia de uma União Europeia que só poderá ser tolerada por um bom motivo. Resulta de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, que tal discriminação só pode ser justificada com base em derrogações expressas previstas pelo Tratado[96]. Não existe tal derrogação no Tratado no tocante à proibição *geral* da discriminação em razão da nacionalidade consagrada no artigo 12.º CE[97].

130. A proibição de discriminação em razão da nacionalidade tem uma enorme importância simbólica. Como referiu, de forma muito eloquente, o advogado-geral Jacobs, esta proibição demonstra que a Comunidade «não é um mero acordo comercial entre governos dos Estados-Membros, mas sim uma empresa comum em que podem participar todos os cidadãos da Europa individualmente considerados. […] Esse é o aspecto do direito comunitário que afecta mais directamente o indivíduo e que mais desenvolve o sentido de identidade comum e de destino partilhado, sem os quais a 'união cada vez mais estreita entre os povos da Europa', proclamada no

94 — Para os casos em que o Tribunal de Justiça, depois de constatar a existência de discriminação directa em razão da nacionalidade, não aprofundou as potenciais justificações v., por exemplo, os acórdãos Gravier, já referido na nota 8, n.os 15, 25 e 26; de 2 de Fevereiro de 1989, Cowan (186/87, Colect., p. I-195, n. ° 10); e de 20 de Outubro de 1993, Collins e o. (C-92/92 e C-326/92, Colect., p. I-5145, n.os 32 e 33). A advogada-geral Kokott observa correctamente nas suas conclusões apresentadas em 28 de Fevereiro de 2008 no processo Wood (C-164/07, Colect., p. I-4143, n. ° 42 e nota 11) que, embora seja duvidoso que se possa justificar um regime nacional que introduz uma discriminação directa em razão da nacionalidade, a possibilidade teórica de uma justificação também nos casos de discriminação directa é sugerida em vários acórdãos, por exemplo, acórdão Ricordi, já referido na nota 70, n. ° 33; e os acórdãos de 2 de Outubro de 1997, Saldanha e MTS (C-122/96, Colect., p. I-5325, n.os 26 e segs.), e de 20 de Março de 1997, Hayes (C-323/95, Colect., p. I-1711, n. ° 24).

95 — V. n.os 64 a 76 *supra*.

96 — V., por exemplo, a derrogação à livre circulação dos trabalhadores prevista no artigo 39.º, n.º 4, CE (empregos na administração pública) e a derrogação à liberdade de estabelecimento prevista no artigo 45.º CE (exercício da autoridade pública) — as quais, como é bem conhecido, são interpretadas muito estritamente. V. ainda acórdão de 18 de Julho de 2007, Comissão/Alemanha (490/04, Colect., p. I-6095, n.º 86, e a jurisprudência aí referida).

97 — V. acórdão de 12 de Maio de 1998, Martínez Sala (C-85/96, Colect., p. I-2691, n.º 64), onde o Tribunal de Justiça afirmou: «Assim, situando-se o tratamento desigual em questão no âmbito de aplicação do Tratado, não pode ser considerado justificado. Com efeito, trata-se de uma discriminação exercida directamente em razão da nacionalidade da recorrente». É certo que o Tribunal de Justiça acrescentou a seguir: «não tendo, além disso, qualquer elemento justificativo de tal tratamento desigual sido aduzido perante o Tribunal de Justiça». Contudo, interpreto esta afirmação como uma reflexão a posteriori que não afecta as implicações claras da primeira afirmação.

preâmbulo do Tratado, seria um slogan vazio de sentido» [98]

131. Se, não obstante, o Tribunal de Justiça estiver disposto a considerar a ideia de que a discriminação directa em razão da nacionalidade abrangida pelo artigo 12.º CE é susceptível, em princípio, de justificação, remeto para as razões (acima descritas) pelas quais considero que a primeira condição cumulativa indirectamente discriminatória imposta pelo decreto impugnado não pode ser justificada. Estas considerações aplicam-se, por maioria de razão, à segunda condição cumulativa directamente discriminatória do decreto.

Conclusão quanto à segunda condição cumulativa prevista no primeiro parágrafo do artigo 1.º do Decreto

132. Donde resulta que as disposições previstas no primeiro parágrafo do artigo 1.º do decreto (segundo as quais, um nacional belga cumpre *automaticamente* a segunda condição cumulativa pelo facto de ser titular do direito, indissociável da sua nacionalidade, de residir na Bélgica a título permanente, ao passo que todos os não nacionais belgas — incluindo todos os outros cidadãos da UE — têm de cumprir um dos outros sete critérios aí previstos ou preencher os requisitos da Directiva 2004/38) não podem ser justificadas.

*Resposta às primeira e segunda questões*

133. Aceitar as restrições adoptadas pela Comunidade francesa equivaleria a se permitir que os Estados-Membros compartimentassem os respectivos sistemas de ensino superior [99]. O Tribunal de Justiça deve, portanto, ser pouco lesto a aceitar restrições ao acesso ao ensino superior, mesmo introduzidas através de medidas indirectamente discriminatórias que satisfaçam o critério da proporcionalidade (o que, tanto quanto resulta dos documentos dos autos, não acontece no caso das medidas belgas). Não deverá estar disposto a admitir medidas que discriminam directamente por esse motivo e com tal fim.

134. Concluo, por conseguinte, que os artigos 12.º, primeiro parágrafo, CE e 18.º, n.º 1, CE, em conjugação com o artigo 149.º,

98 — Conclusões apresentadas em 30 de Junho de 1993, no processo Collins e o., já referido na nota 94, n. ° 11.

99 — V., por analogia, as conclusões do advogado-geral Jacobs no processo Comissão/Áustria, já referido na nota 7, n.º 53.

n.os 1 e 2, segundo travessão, CE e com o artigo 150.º, n.º 2, CE, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a medidas como as constantes do Decreto que regula o número de estudantes em determinados cursos do primeiro ciclo do ensino superior adoptado pela Comunidade francesa da Bélgica.

**A terceira questão**

135. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a resposta à primeira questão será diferente se, tendo em conta o disposto no artigo 149.º, primeiro parágrafo, *in fine*, CE e no artigo 13.º, n.º 2, alínea c), do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais[100], que contém uma obrigação de «standstill», a Comunidade francesa optar pela manutenção de um acesso amplo e democrático a um ensino superior de qualidade para a sua população.

136. O Tribunal de Justiça declarou que o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos[101] é um dos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do Homem que tem em conta na aplicação dos princípios gerais do direito comunitário[102]. Creio que este também deve ser o caso do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Culturais e Sociais, que, como o referido pacto, vincula todos os Estados-Membros[103].

137. O órgão jurisdicional de reenvio observa correctamente que o artigo 13.º, n.º 2, alínea c), do Pacto, na medida em que exige a «implantação progressiva do ensino gratuito», contém uma cláusula de *standstill*.

138. Os Comentários Gerais sobre esta disposição observam que a proibição da discriminação consagrada no artigo 2.º, n.º 2, do Pacto «não está sujeita nem à realização progressiva nem à disponibilidade dos recursos; aplica-se integralmente e de forma imediata a todos os aspectos do ensino e abrange todos os fundamentos de discriminação proibidos a nível internacional»[104]. A título de exemplo, os Comentários Gerais dispõem que «as vio-

100 — V. nota 4.

101 — Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. O Pacto entrou em vigor, em conformidade com o artigo 49.º, em 23 de Março de 1976.

102 — V. acórdãos de 14 de Fevereiro de 2008, Dynamic Medien (C-244/06, Colect., p. I-505, n.º 39); e de 27 de Junho de 2006, Parlamento/Conselho (C-540/03, Colect., p. I-5769, n.º 37 e a jurisprudência aí referida).

103 — V., por analogia, Parlamento/Conselho, já referido na nota 99, n.º 37.

104 — Comentários Gerais sobre o direito à educação (artigo 13.º), E/C.12/1999/10 (a seguir «E/C.12/1999/10»), n.º 31 (v. também n.º 43).

lações ao artigo 13.º incluem: a introdução ou a não revogação de legislação que discrimine indivíduos ou grupos, com base em qualquer dos fundamentos proibidos, no domínio do ensino» [105]. O artigo 2.º, n.º 2, do Pacto inclui a «origem nacional ou social» entre os fundamentos proibidos.

139. O artigo 13.º do Pacto é — fulcralmente — uma medida que proíbe a discriminação por motivos proibidos em matéria do acesso à educação. Assim, não se compreende a tentativa de invocar o artigo 13.º, n.º 2, alínea c), do Pacto para justificar uma medida que claramente discrimina com base num dos fundamentos expressamente proibidos tanto pelo artigo 12.º CE, como pelo artigo 2.º, n.º 2, do Pacto [106]. (De facto, os demandantes no processo principal basearam-se, em parte, no artigo 13.º do Pacto para contestar o decreto impugnado.)

140. Refira-se, por uma questão de exaustividade, que os Comentário Gerais sobre o artigo 13.º, n.º 2, alínea c), do Pacto também estabelecem que «enquanto que o ensino secundário 'deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos', o ensino superior deve igualmente 'ser tornado acessível a todos em plena igualdade, em função das capacidades de cada um'. Segundo este artigo, o ensino superior não deve ser 'generalizado', mas deve apenas ser tornado acessível 'em função das capacidades de cada um'. A 'capacidade' de cada indivíduo deve ser avaliada tomando em consideração todas as suas qualificações e experiência relevantes» [107].

141. Quanto ao artigo 149.º, n.º 1, CE, repito que, embora resulte do artigo que os Estados-Membros continuam a ser responsáveis pelo «conteúdo do ensino e pela organização do sistema educativo, bem como [pela] sua diversidade cultural e linguística», o Tribunal de Justiça esclareceu que as condições de acesso à formação profissional estão abrangidas pelo âmbito de aplicação do Tratado [108]. Além disso, é jurisprudência assente que, mesmo quando se trata de matérias não abrangidas pelo âmbito de aplicação do Tratado (como sucede no caso de determinados aspectos da política do ensino), as competências pertencentes aos Estados-Membros devem ser exercidas no respeito do direito comunitário, em especial das disposições do Tratado relativas à liberdade de circular e permanecer no

105 — E/C.12/1999/10, n.º 59.

106 — O Governo belga fez a seguinte declaração interpretativa do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Culturais e Sociais: «Relativamente ao artigo 2.º, n.º 2, o Governo belga interpreta a não discriminação por motivos de origem nacional como não implicando necessariamente uma obrigação para os Estados de garantirem automaticamente aos estrangeiros direitos idênticos aos dos seus nacionais. O termo deve ser entendido como referindo-se à eliminação de qualquer comportamento arbitrário, mas não às diferenças de tratamento baseadas em considerações objectivas e razoáveis, em conformidade com os princípios que vigoram nas sociedades democráticas». Independentemente da questão de saber se esta declaração deve ser considerada uma reserva dissimulada ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Culturais e Sociais, a mesma não pode afectar a interpretação do princípio da não discriminação no âmbito do Tratado CE. V. ainda sobre reservas dissimuladas: A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2007, pp. 129 e 130.

107 — E/C.12/1999/10, paragraph 19.

108 — V. n.º 32 *supra* e a jurisprudência referida na nota 8.

território dos Estados-Membros, como conferida pelo artigo 18.º, n.º 1, CE[109].

142. Na verdade, a proibição da discriminação deve ser vista como a pedra angular do Tratado precisamente porque deixa intacta a autonomia de regulamentação dos Estados-Membros — desde que as suas leis se apliquem igualmente a nacionais e não nacionais. O princípio fundamental subjacente é o de que todos os cidadãos da União devem ser tratados de forma individualizada, independentemente da sua nacionalidade[110]. Portanto, «a liberdade e a igualdade de acesso à educação para todos» significa exactamente isso. Não pode significar «a liberdade e a igualdade de acesso à educação para todos os meus nacionais».

143. Reconheço que os problemas com que se depara a Comunidade francesa não são insignificantes. Contudo, estes devem ser resolvidos de uma forma que não seja uma variante da «igualdade para os que se encontram no interior do círculo mágico»[111] (neste caso, os nacionais belgas), mas que respeite o «estatuto fundamental» da cidadania da União, garantindo a igualdade de acesso à educação a todos os cidadãos da UE, independentemente da sua nacionalidade.

144. Por conseguinte, a resposta à primeira e segunda questões não é invalidada pelo disposto no artigo 149.º, primeiro parágrafo, *in fine*, CE. É, pelo contrário, reforçada por uma leitura correcta do artigo 13.º, n.º 2, alínea c), do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

**Quanto ao pedido de limitação dos efeitos do acórdão no tempo**

145. O Governo belga pediu ao Tribunal de Justiça que limitasse no tempo os efeitos do seu acórdão, caso viesse a interpretar o artigo 12.º CE no sentido de que a referida disposição se opõe a uma legislação nacional como o decreto em questão.

146. Em apoio do seu pedido, o Governo belga invocou os seguintes fundamentos: o impacto sobre as finanças públicas da

109 — V. acórdão Morgan e Bucher, já referido na nota 2, n.º 24, e a jurisprudência aí referida.

110 — V. também as conclusões apresentadas em 30 de Junho de 1993 pelo advogado-geral Jacobs no processo Collins e o., já referido na nota 94, n.º 11: «Não devem ser simplesmente tolerados como estrangeiros, mas sim acolhidos pelas autoridades do Estado de acolhimento como cidadãos comunitários que têm direito 'no âmbito de aplicação do Tratado' a todos os privilégios e vantagens de que gozam os cidadãos do Estado de acolhimento».

111 — V. as minhas conclusões apresentadas em 22 de Maio de 2008 no processo Bartsch (C-427/06, Colect. p. I-7245, n.º 45).

Comunidade francesa; o facto de o decreto ter sido expressamente concebido para dar cumprimento à jurisprudência do Tribunal de Justiça e à legislação comunitária; o facto da Comissão ter indicado que o sistema pode ser justificável; e a inexistência de jurisprudência sobre esta matéria.

147. Resulta de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que só a título excepcional pode o Tribunal de Justiça ser levado a limitar a possibilidade de qualquer interessado invocar uma disposição por si interpretada. Quando o Tribunal de Justiça limita, desta forma, os efeitos de um acórdão, fá-lo em aplicação do princípio geral da segurança jurídica inerente à ordem jurídica comunitária. Para que se possa decidir por esta limitação, é necessário que se encontrem preenchidos dois requisitos essenciais: a boa fé daqueles a favor de quem é pedida uma limitação temporal e o risco de perturbações graves [112].

148. Mais especificamente, o Tribunal de Justiça só impôs uma limitação temporal em circunstâncias bem precisas, nomeadamente, quando existia um risco de repercussões económicas graves devidas em especial ao grande número de relações jurídicas constituídas de boa fé com base na regulamentação que se considerava estar validamente em vigor e quando se verificava que os particulares e as autoridades nacionais tinham sido levados a um comportamento não conforme com a regulamentação comunitária em virtude de uma incerteza objectiva e importante quanto ao alcance das disposições comunitárias, incerteza para a qual tinham eventualmente contribuído os próprios comportamentos adoptados por outros Estados-Membros ou pela Comissão. As consequências financeiras que podem resultar, para um Estado-Membro, de um acórdão proferido a título prejudicial não justificam, por si sós, a limitação dos efeitos desse acórdão no tempo [113].

149. No presente processo, independentemente do mérito dos seus outros argumentos, a Bélgica não submeteu ao Tribunal de Justiça elementos de prova que demonstrem a existência de um risco de graves repercussões económicas.

150. Por conseguinte, se o Tribunal de Justiça declarar que o artigo 12.º CE se opõe a uma legislação nacional como a do decreto impugnado, não deve limitar os efeitos dessa decisão no tempo.

112 — V., neste sentido, acórdão de 12 de Fevereiro de 2009, Cobelfret (C-138/07, Colect., Colect. p. I-731, n.º 68 e a jurisprudência aí referida).

113 — V. acórdão de 18 de Janeiro de 2007, Brzeziński (C-313/05, Colect., p. I-513, n.ºs 57 e 58 e a jurisprudência aí referida).

**Observação final**

151. Salientei a importância, para o desenvolvimento da União, da livre circulação dos estudantes assente na igualdade. No entanto, a UE também não deve ignorar os problemas concretos que podem surgir para os Estados-Membros que acolhem muitos estudantes provenientes de outros Estados-Membros[114].

152. O Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade[115] dispõe que a acção ao nível comunitário é justificada sempre que «os objectivos da acção prevista não podem ser suficientemente realizados pela acção dos Estados-Membros no quadro dos respectivos sistemas constitucionais e podem por isso ser mais adequadamente realizados por meio de uma acção da Comunidade». Também fornece os seguintes critérios para determinar se aquela condição se encontra preenchida: (i) a questão em apreço reveste-se de aspectos transnacionais que não podem ser regulados de forma satisfatória por meio de uma acção dos Estados-Membros; (ii) uma acção empreendida apenas ao nível nacional ou a ausência de acção por parte da Comunidade são contrárias às exigências do Tratado (tais como a necessidade de corrigir as distorções de concorrência, de evitar restrições dissimuladas às trocas comerciais ou de reforçar a coesão económica e social) ou lesam significativamente, de qualquer outra forma, os interesses dos Estados-Membros; (iii) uma acção empreendida ao nível comunitário apresenta vantagens evidentes, devido à sua dimensão ou aos seus efeitos, relativamente a uma acção ao nível dos Estados-Membros.

153. Convido o legislador comunitário e os Estados-Membros a reflectirem sobre a aplicação destes critérios à circulação de estudantes entre Estados-Membros[116].

154. Por último, recordo que um dos objectivos da Comunidade enumerados no artigo 2.º CE é promover a solidariedade entre os Estados-Membros, e que os Estados-Membros têm um dever mútuo de cooperação leal com base no artigo 10.º CE[117]. Parece-me que estas disposições têm, neste caso, uma especial relevância. Sempre que os padrões linguísticos e a diversidade das políticas nacionais de acesso ao ensino superior encorajem volumes particularmente elevados de mobilidade estudantil, que causem dificuldades reais no Estado-Membro de acolhimento, incumbe certamente ao Estado-Membro de acolhimento *e* ao Estado-Membro de partida procurar activamente uma solução negociada que respeite o Tratado.

114 — V., nesse sentido, M. Dougan, «Fees, Grants, Loans and Dole Cheques: Who Covers the Costs of Migrant Education Within the EU?», Common Market Law Review, 2005, pp. 955 e 956.

115 — Protocolo n.º 30 em anexo ao Tratado CE.

116 — V. também em matéria de subsidiariedade, as minhas conclusões no processo Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon, já referidas na nota 3, n.º 118, nota 68, citando N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, 1999, p. 135.

117 — V., para um exemplo relacionado com a educação: acórdão de 27 de Setembro de 1988, Matteucci (235/87, Colect., p. 5589, n.º 19).

**Conclusão**

155. Por conseguinte, considero que se deve responder do seguinte modo às questões submetidas pela Cour Constitutionnelle da Bélgica:

«Primeira e segunda questões

Os artigos 12.º, primeiro parágrafo, CE e 18.º, n.º 1, CE, em conjugação com o artigo 149.º, n.ºs 1 e 2, segundo travessão, CE e com o artigo 150.º, n.º 2, CE, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a medidas como as constantes do Decreto que regula o número de estudantes em determinados cursos do primeiro ciclo do ensino superior adoptado pela Comunidade francesa da Bélgica.

Terceira questão

A tomada em consideração do disposto no artigo 149.º, primeiro parágrafo, *in fine*, CE e no artigo 13.º, n.º 2, alínea c), do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais não afecta a resposta às duas primeiras questões.»