



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MICHAL BOBEK
apresentadas em 15 de novembro de 2018¹

Processo C-393/17

Openbaar Ministerie
contra
Freddy Lucien Magdalena Kirschstein
Thierry Frans Adeline Kirschstein
sendo interveniente:
Vlaamse Gemeenschap

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Hof van beroep te Antwerpen (Tribunal de Recurso de Antuérpia, Bélgica)]

«Pedido de decisão prejudicial — Mercado interno — Diretiva 2006/123/CE — Âmbito de aplicação — Definição de serviços nos termos do direito da União — Serviços de interesse geral sem caráter económico — Ensino superior privado — Práticas comerciais desleais — Proibição de estabelecimentos de ensino não acreditados atribuírem o grau de mestre — Sanções penais»

I. Introdução

1. Nos termos da lei da Vlaamse Gemeenschap (Comunidade Flamengo), apenas os estabelecimentos de ensino superior que tenham obtido acreditação podem atribuir determinados graus académicos. Fazê-lo sem essa acreditação pode conduzir a um procedimento penal que resulte numa pena de prisão e/ou na aplicação de uma multa.
2. Freddy Kirschstein e Thierry Kirschstein dirigem a UIBS Bélgica, uma sociedade estabelecida na Bélgica que presta serviços de ensino superior. Os Kirschsteins foram processados pelas autoridades flamengas por emitirem diplomas com a designação «mestre» em pelo menos duas ocasiões entre 2006 e 2010, sem para tal terem obtido a necessária acreditação.
3. As questões submetidas ao Tribunal de Justiça, no contexto factual específico do caso em apreço, parecem ser relativamente simples: a proibição (bem como as sanções penais por violação dessa proibição) no direito nacional de uma instituição de ensino superior atribuir o grau de mestre é compatível com a Diretiva Serviços² e com a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais?³

¹ Língua original: inglês.

² Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no Mercado interno (a seguir «Diretiva Serviços») (JO 2006 L 376, p. 36, a seguir «Diretiva Serviços»).

³ Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 (a seguir «Diretiva relativa às práticas comerciais desleais») (JO 2005 L 149, p. 22, a seguir «Diretiva PCD»).

4. Contudo, não há dúvida de que a questão mais complexa do presente processo é a questão prévia relativa ao âmbito de aplicação material de ambos os atos legislativos invocados pelo órgão jurisdicional de reenvio: nos termos do direito da União, os programas de estudos do ensino superior são considerados «serviços»? Se assim for, que tipo de serviços são? Podem ser classificados como *serviços de interesse geral sem caráter económico*, categoria prevista na Diretiva Serviços?

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Diretiva Serviços

5. O considerando 34 da Diretiva Serviços tem a seguinte redação: «De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a identificação de certas atividades, em particular de atividades que são publicamente financiadas ou prestadas por entidades públicas, como pertencentes à categoria “serviços” tem de ser efetuada caso a caso, à luz de todas as suas características, em particular quanto à forma como são prestadas, organizadas e financiadas no Estado-Membro em questão. O Tribunal de Justiça sustentou que a característica essencial da remuneração reside no facto de constituir uma contrapartida pelos serviços em questão e reconheceu que a característica da remuneração não está presente nas atividades que o Estado realize ou que se realizem em nome do Estado sem contrapartida económica no âmbito da sua missão nos domínios social, cultural, educativo e judiciário, tais como o ensino ministrado no âmbito do sistema educativo nacional, ou a gestão de regimes de segurança social que não participem em atividades económicas. O pagamento de taxas pelos destinatários, por exemplo, as propinas ou a inscrição pagas por estudantes como contributo para os encargos de funcionamento de um sistema, não constitui em si uma remuneração, porque o serviço continua a ser financiado por fundos públicos. Essas atividades não estão, por conseguinte, abrangidas pela definição de serviço do artigo 50.º do Tratado, pelo que não se incluem no âmbito de aplicação da presente diretiva.»

6. O artigo 1.º dispõe:

«1. A presente diretiva estabelece disposições gerais que facilitam o exercício da liberdade de estabelecimento dos prestadores de serviços e a livre circulação dos serviços, mantendo simultaneamente um elevado nível de qualidade dos serviços.

2. A presente diretiva não tem por objeto a liberalização dos serviços de interesse económico geral reservados a entidades públicas ou privadas, nem a privatização de entidades públicas prestadoras de serviços.

3. [...]

A presente diretiva não afeta a liberdade de os Estados-Membros definirem, em conformidade com a legislação comunitária, o que entendem por serviços de interesse económico geral, o modo como esses serviços devem ser organizados e financiados, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, e as obrigações específicas a que devem estar sujeitos.

[...]

5. A presente diretiva não afeta as regras dos Estados-Membros em matéria de direito penal. Todavia, os Estados-Membros não podem restringir a liberdade de prestação de serviços mediante a aplicação de disposições de direito penal que regulamentem ou afetem especificamente o acesso ou o exercício de uma atividade de prestação de serviços, contornando as regras estabelecidas na presente diretiva.»

7. Nos termos do artigo 2.º:

«1. A presente diretiva é aplicável aos serviços fornecidos pelos prestadores estabelecidos num Estado-Membro.

2. A presente diretiva não se aplica às seguintes atividades:

a) Serviços de interesse geral sem carácter económico;

[...]

i) Atividades relacionadas com o exercício da autoridade pública, como previsto no artigo 45.º do Tratado;

[...].»

8. O artigo 4.º, n.º 1, define «[s]erviço» como «qualquer atividade económica não assalariada prestada geralmente mediante remuneração, referida no artigo 50.º do Tratado».

9. De acordo com o artigo 4.º, n.º 6, a expressão «[r]egime de autorização» abrange «qualquer procedimento que tenha por efeito obrigar um prestador ou um destinatário a efetuar uma diligência junto de uma autoridade competente para obter uma decisão formal ou uma decisão tácita relativa ao acesso a uma atividade de serviço ou ao seu exercício».

10. O artigo 9.º, que faz parte do capítulo III sobre liberdade de estabelecimento dos prestadores, é dedicado a regimes de autorização. Dispõe o seguinte:

«1. Os Estados-Membros só podem subordinar a um regime de autorização o acesso a uma atividade de serviços e o seu exercício se forem cumpridas as condições seguintes:

a) O regime de autorização não ser discriminatório em relação ao prestador visado;

b) A necessidade de um regime de autorização ser justificada por uma razão imperiosa de interesse geral;

c) O objetivo pretendido não poder ser atingido através de uma medida menos restritiva, nomeadamente porque um controlo *a posteriori* significaria uma intervenção demasiado tardia para se poder obter uma real eficácia;

[...].»

11. Nos termos do artigo 13.º, n.º 1, «[o]s procedimentos e formalidades de autorização devem ser claros, previamente publicados e de molde a garantir aos requerentes um tratamento objetivo e imparcial do seu pedido».

2. Diretiva relativa às práticas comerciais desleais

12. O artigo 1.º da Diretiva PCD dispõe que «[a] presente diretiva tem por objetivo contribuir para o funcionamento correto do mercado interno e alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores através da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às práticas comerciais desleais que lesam os interesses económicos dos consumidores».

13. O artigo 2.º estabelece as definições pertinentes:

«Para efeitos do disposto na presente diretiva, entende-se por:

- a) “Consumidor”: qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;
- b) “Profissional”: qualquer pessoa singular ou coletiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pela presente diretiva, atue no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem atue em nome ou por conta desse profissional;
- c) “Produto”: qualquer bem ou serviço, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações;
- d) “Práticas comerciais das empresas face aos consumidores” (a seguir designadas também por “práticas comerciais”): qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores;
- e) “Distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores”: utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo;

[...].»

14. O artigo 3.º estabelece o âmbito de aplicação da diretiva:

«1. A presente diretiva é aplicável às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, tal como estabelecidas no artigo 5.º, antes, durante e após uma transação comercial relacionada com um produto.

[...]

8. A presente diretiva não prejudica quaisquer condições de estabelecimento ou de regimes de autorização, ou os códigos de conduta deontológicos ou outras normas específicas que regem as profissões regulamentadas destinados a preservar elevados padrões de integridade por parte do profissional, que os Estados-Membros podem, em conformidade com o direito comunitário, impor aos profissionais.»

15. Nos termos do artigo 5.º:

«1. São proibidas as práticas comerciais desleais.

2. Uma prática comercial é desleal se:

- a) For contrária às exigências relativas à diligência profissional;
- e
- b) Distorcer ou for suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afeta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

[...].»

5. O anexo I inclui a lista das práticas comerciais que são consideradas desleais em quaisquer circunstâncias. A lista é aplicável em todos os Estados-Membros e só pode ser alterada mediante revisão da presente diretiva.»

16. Nos termos do n.º 2 do anexo I, uma das práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias é «[e]xibir uma marca de confiança (*trust mark*), uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária» é uma prática comercial considerada desleal em quaisquer circunstâncias. Além disso, o n.º 4 inclui, entre tais práticas, «[a]firmar que um profissional [...] ou um produto foi aprovado, reconhecido ou autorizado por um organismo público ou privado quando tal não corresponde à verdade [...]».

17. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, «[é] considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correta, em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou seja suscetível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo:

- a) A existência ou natureza do produto;
- b) As características principais do produto, tais como [...] os resultados que podem ser esperados da sua utilização [...];

[...].»

B. Direito belga

18. Nos termos do artigo 127.º, n.º 1, alínea 2, da Constituição belga, cabe às comunidades regular o ensino, com exceção da determinação do início e do fim da escolaridade obrigatória, das normas mínimas para a concessão de diplomas e da atribuição de pensões. Nos termos do artigo 24.º, n.º 5, a organização, o reconhecimento e o financiamento do ensino pelas comunidades são regulados por lei ou decreto.

19. Na Flandres, o ensino superior era regido pelo Decreet van 4 April 2003 betreffende de herstructureren van het hoger onderwijs in Vlaanderen (Decreto de 4 de abril de 2003, relativo à reestruturação do ensino superior na Flandres) (a seguir «Decreto de 4 de abril de 2003»). O artigo 25.º, n.º 7, dispõe o seguinte: «quem, sem para tal estar autorizado conferir a estudantes os graus de bacharel ou licenciado (*bachelor* ou *master*) com ou sem a especificação de doutor (*doctor of philosophy*, com as abreviaturas PhD ou dr.) ou os graus e os títulos enumerados nos §§ 2, 3, 4, 5 e 5 bis, será punido com pena de prisão de oito dias a três meses e com pena de multa de 125 a 500 euros ou com uma destas penas somente»⁴.

20. O Decreto de 4 de abril de 2003 foi revogado e integrado no Codex Hoger Onderwijs (Código do ensino superior), que foi aprovado pelo Governo flamengo em 11 de outubro de 2013⁵. O artigo 25.º, n.º 7, do Decreto de 4 de abril de 2003 foi reproduzido no artigo II.75, § 6 desse código.

⁴ *Moniteur belge* de 14 de agosto de 2003.

⁵ *Moniteur belge* de 27 de fevereiro de 2014.

III. Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

21. A United International Business Schools of Belgium BVBA (a seguir «UIBS Bélgica») é uma instituição de ensino superior não acreditada pelas autoridades flamengas competentes. A UIBS Bélgica é uma sociedade ligada à sociedade suíça Global Education Services Switzerland AG (a seguir «GES Suíça»), bem como à Global Education Services Spain SA (a seguir «GES Espanha»). Segundo o despacho de reenvio, a UIBS Bélgica desempenha funções de apoio às duas últimas sociedades, prestando, nomeadamente, apoio local na Bélgica para as formações coordenadas pela GES Suíça a nível mundial. Nos *campus* da UIBS Bélgica, nomeadamente em Antuérpia e Gand, são propostos vários programas de ensino. Após a conclusão bem-sucedida desses programas, os estudantes recebem um diploma com o título de «master».

22. Freddy Kirschstein e Thierry Kirschstein (a seguir «arguidos») estão ambos envolvidos com a UIBS Bélgica. Em 14 de dezembro de 2015, o Rechtbank van eerste aanleg (Tribunal de Primeira Instância, Antuérpia, Bélgica) condenou os arguidos a pagar uma multa de 300 euros cada um (a título de sanção penal) por terem violado o artigo 25.º, n.º 7, do Decreto de 4 de abril de 2003, pois tinham atribuído graus de mestre a estudantes da filial de Antuérpia da UIBS Bélgica, pelo menos em duas ocasiões entre 2006 e 2010, sem estarem autorizados a fazê-lo. Os arguidos também foram condenados a pagar à Comunidade Flamenga o montante de 1 euro à parte civil desta, a título de indemnização, bem como a suportar o encargo das despesas desse pedido.

23. Em 29 de dezembro de 2015, os arguidos recorreram da sentença do Rechtbank van eerste aanleg (Tribunal de Primeira Instância, Antuérpia). No mesmo dia, o Openbaar Ministerie (Ministério Público, Bélgica, a seguir «recorrente») interpôs um recurso subordinado relativo apenas à parte da sentença que dizia respeito à sanção penal.

24. No recurso, o objeto do litígio cristalizou-se na questão de saber se uma instituição de ensino superior que oferece programas de ensino na Flandres pode conferir o grau de mestre na Flandres através dos diplomas atribuídos, ainda que não tenha recebido acreditação por parte da Comunidade Flamenga. A Comunidade Flamenga considera que se trata de uma questão de ordem pública, pelo que a incriminação penal é adequada para proteger esse interesse. Argumenta que a proibição de instituições não acreditadas concederem graus de mestrado, bacharel ou doutor constitui uma medida adequada para garantir a proteção da qualidade inerente a esses títulos. A Comunidade Flamenga também sustenta que as práticas dos arguidos conduzem a uma concorrência desleal no mercado de trabalho, na medida em que os diplomas e os graus correspondentes emitidos concedem livre acesso ao mercado de trabalho sem a garantia de que esses estudantes seguiram um determinado plano de estudos.

25. Neste contexto factual e jurídico, o Hof van beroep te Antwerpen (Tribunal de Recurso de Antuérpia, Bélgica) decidiu suspender a instância e submeter as seguintes questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça:

«1) Deve a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, ser interpretada no sentido de que se opõe ao artigo II.75, n.º 6, do Código do Ensino Superior, de 11 de outubro de 2013, que proíbe os estabelecimentos de ensino não homologados em geral de designarem como “master” os diplomas que emitem, quando essa proibição pretende salvaguardar um interesse geral, a saber, a necessidade de garantir um nível elevado de ensino, por forma a que o cumprimento das exigências de qualidade possa ser controlado?

- 2) Deve a [Diretiva 2006/123], ser interpretada no sentido de que se opõe ao artigo II.75, n.º 6, do Código do Ensino Superior, de 11 de outubro de 2013, que proíbe os estabelecimentos de ensino não homologados em geral de designarem como “master” os diplomas que emitem, quando essa proibição pretende salvaguardar um interesse geral, a saber, a proteção dos destinatários de serviços?
- 3) A disposição penal aplicável aos estabelecimentos de ensino não homologados pela Administração [da] Flandres que emitem diplomas de “master” está em conformidade com o requisito de proporcionalidade enunciado nos artigos 9.º, n.º 1, alínea c), e 10.º, n.º 2, alínea c), da [Diretiva 2006/123]»

26. Foram apresentadas observações escritas pelos arguidos, pela Comunidade Flamengo, pelos Governos belga, alemão, italiano, neerlandês, polaco, sueco e norueguês e pela Comissão. Os arguidos, a Comunidade Flamengo, bem como os Governos belga, sueco e norueguês apresentaram alegações orais na audiência que teve lugar no dia 11 de julho de 2018.

IV. Apreciação

27. As presentes conclusões estão estruturadas da seguinte forma. Começarei por fazer várias observações preliminares sobre a matéria de facto do presente processo, bem como sobre as disposições nacionais aplicáveis (secção A). Abordarei então a questão de saber se, e em que medida, os programas de ensino superior podem ser entendidos como «serviços» para os efeitos do direito da União (secção B). Com estes esclarecimentos em mente, voltar-me-ei para as questões específicas colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio: em primeiro lugar, abordarei a questão da compatibilidade da legislação nacional com a Diretiva Serviços, tratando ao mesmo tempo a segunda e a terceira questões (secção C), antes de apreciar a primeira questão, relativa à Diretiva PCD (secção D).

A. Esclarecimentos preliminares

1. Contexto factual do processo principal

28. Existem várias incertezas factuais no despacho de reenvio que podem influenciar a apreciação jurídica do processo. Por esse motivo, o Tribunal de Justiça pediu esclarecimentos ao órgão jurisdicional de reenvio (em conformidade com o artigo 101.º do seu Regulamento de Processo) relativamente: i) à entidade que atribuiu formalmente os diplomas em apreço; e ii) às funções dos arguidos (na UIBS Bélgica) — nomeadamente, a questão de saber em que qualidade estão agora a ser processados.

29. O órgão jurisdicional de reenvio respondeu que não podia fornecer uma resposta precisa quanto à entidade que conferiu formalmente os graus de mestre, porque esse elemento de facto é controvertido no processo principal. Reiterou, portanto, as alegações das partes: o recorrente, Openbaar Ministerie (Ministério Público) alega que foi a UIBS Bélgica (estabelecida na Bélgica) que atribuiu os graus de mestre. Os recorridos alegam que os graus de mestre foram emitidos pela GES Suíça (localizada na Suíça) e pela GES Espanha (estabelecida em Espanha). O órgão jurisdicional de reenvio afirmou ainda que ambas as entidades parecem estar ligadas à UIBS Bélgica, uma vez que esta última teve sempre um papel de apoio à GES Suíça e à GES Espanha.

30. Em resposta à segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio referiu que, à data dos factos relevantes, Thierry Kirschstein era o gestor da UIBS Bélgica e Freddy Kirschstein era acionista da UIBS Bélgica. Este último também assinou documentos na qualidade de «presidente» da UIBS Bélgica. Assim, nos termos do artigo 66.º Strafwetboek (Código Penal belga), são considerados autores ou co-autores do delito em causa.

31. Com base nas informações prestadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, e tendo em conta as declarações feitas pelas partes na audiência, vou continuar com base nos seguintes pressupostos, tendo presente que, em última análise, compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar os factos.

32. Em primeiro lugar, parece haver uma estrutura societária complexa entre a UIBS Bélgica, a GES Suíça e a GES Espanha. Os arguidos declararam na audiência que as três sociedades estão ligadas. Parecem ter acionistas comuns. Com base nas respetivas atividades, afigura-se que *o ensino* (incluindo a contratação de pessoal, salas e garantia do funcionamento quotidiano do programa) é atribuído à UIBS Bélgica, que o gere localmente, ao passo que *os diplomas* foram emitidos pela primeira vez pela GES Espanha e, posteriormente, pela GES Suíça.

33. Em segundo lugar, é indiscutível que essas três sociedades nunca receberam acreditação para os seus programas de estudo por parte de uma autoridade pública competente na Flandres, nem em qualquer outro país onde operam.

34. Em terceiro lugar, o programa de estudos em causa é inteiramente financiado por fundos privados. Foi confirmado na audiência que nenhuma entidade pública concedeu qualquer financiamento para o mesmo.

2. Disposições nacionais aplicáveis

35. Dois outros esclarecimentos devem ser feitos sobre o âmbito de aplicação temporal das regras em apreço, bem sobre o seu âmbito de aplicação material.

36. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio formulou a primeira e segunda questões em relação ao artigo II.75, n.º 6, do Código do Ensino Superior. A terceira questão refere-se à «disposição penal aplicável aos estabelecimentos de ensino não homologados pela Administração [da] Flandres que emitem diplomas de “master”», sem qualquer outra especificação quanto à natureza exata ou origem dessa disposição. Pode presumir-se, contudo, que também se refere ao artigo II.75, n.º 6, do Código do Ensino Superior.

37. No entanto, os factos do processo, tal como constam do despacho de reenvio, sugerem que a disposição nacional aplicável é o artigo 25.º, n.º 7, do Decreto de 4 de abril de 2003, e não o artigo II.75, n.º 6, do Código do Ensino Superior.

38. O artigo II.75, n.º 6, do Código do Ensino Superior não era aplicável à data em que ocorreram os factos relevantes. Os recorridos são acusados de terem ilegalmente atribuído graus de mestre em pelo menos duas ocasiões entre 2009 e 2010, e em qualquer dos casos antes de 2010⁶. Porém, o artigo II.75, n.º 6, do Código do Ensino Superior entrou em vigor em 2013. Antes disso, como indicado no despacho de acusação (mencionado no despacho do órgão jurisdicional de reenvio)⁷, a disposição aplicável era o artigo 25.º, n.º 7, do Decreto de 4 de abril de 2003. Foi com base nessa disposição que os arguidos foram acusados.

39. O facto de ambas as disposições terem alegadamente o mesmo conteúdo⁸ não torna, no meu entendimento, o artigo II.75, n.º 6, do Código do Ensino Superior aplicável ao processo principal.

⁶ O despacho de reenvio indica que a atividade alegadamente ilegal dos arguidos ocorreu em várias ocasiões, entre 19 de outubro de 2006 e 3 de julho de 2010, em datas que, excetuando as de 30 de junho de 2009 e 2 de julho de 2010, não podem ser determinadas com maior precisão.

⁷ Kamer van inbeschuldigingsstelling (Secção de instrução criminal, Antuérpia, Bélgica) datada de 5 de janeiro de 2015.

⁸ Embora os parágrafos exatos (subsecções) do artigo 25.º, n.º 7 e do artigo II.75, n.º 6 pareçam realmente ter o mesmo conteúdo, aparentemente isso não se verifica quanto aos artigos no seu todo (artigo 25.º e artigo II.75, respetivamente), bem como quanto às enumerações dos vários graus contidas nos mesmos, isto para não mencionar as relações sistémicas mais amplas desses artigos com outras disposições das peças de legislação a se referem as questões prejudiciais, que são obrigatoriamente diferentes e podem ter influência sobre o âmbito de cada uma das disposições.

40. Por estas razões, a solução que proponho ao Tribunal de Justiça será fornecer uma resposta ao tribunal nacional tendo presente o artigo 25.º, n.º 7, do Decreto de 4 de Abril de 2003.

41. Em segundo lugar, independentemente de a disposição aplicável ser o artigo II.75, n.º 6, do Código do Ensino Superior ou o artigo 25.º, n.º 7, do Decreto de 4 de abril de 2003, o órgão jurisdicional de reenvio centra-se na «disposição penal aplicável» que sanciona a atribuição ilegal de certos graus. Esta disposição, que constitui a base legal do processo penal, é crucial para a terceira questão. Contudo, a primeira e segunda questões têm um âmbito mais amplo. Não se limitam à questão das eventuais sanções penais, mas abordam a questão, mais ampla e a montante, da compatibilidade da legislação nacional que proíbe a atribuição de graus (de mestre), por parte de instituições não acreditadas, com a legislação da União.

42. Esta bifurcação quanto às regras exatas visadas, tendo em conta que o âmbito material das duas diretivas pertinentes no presente processo é distinto, conduziu a algumas discussões no decurso do processo sobre o que deveria ser, exatamente, o objeto do reenvio. Por um lado, sugeriu-se que o Tribunal de Justiça não deveria abordar a questão das sanções (terceira questão), porque a mesma respeita a questões de direito penal que estão excluídas do âmbito de aplicação do direito da União pertinente. Por outro lado, sugeriu-se também que o Tribunal de Justiça só pode abordar a questão das sanções, mas não examinar o processo de acreditação subjacente (primeira e segunda questões), porque as questões e o processo dizem respeito apenas a uma disposição nacional que prevê sanções.

43. Inquestionavelmente, o prazer de comer salame envolve (normalmente) a liberdade de decidir em qual das extremidades se começa a cortá-lo. No entanto, para efeitos do presente processo, sugeriria que se mantivessem as questões tal como colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, respeitando a lógica inerente às disposições em causa. As sanções pela violação de uma regra de conduta são, de facto, o foco das questões. No entanto, ambos os elementos fazem parte da mesma norma jurídica: *se* for atribuído o grau sem acreditação (pressuposto), *então* segue-se uma determinada consequência (sanção). Assim, o processo de acreditação é simplesmente uma parte do pressuposto da norma jurídica aplicável no presente processo. Faz parte do mesmo pacote. Seria necessário um elevado grau de artificialidade (ou o corte do salame em qualquer extremidade) para afirmar que qualquer um dos elementos, o pressuposto (acreditação) ou a sanção (multa e/ou prisão), não faz parte da norma jurídica e, portanto, está fora do âmbito do presente processo.

44. Assim, embora a questão da compatibilidade do processo de acreditação do ensino superior nacional com o direito da UE não seja de *per se* objeto do presente processo, essas regras serão inevitavelmente abordadas *de forma indireta*, ao responder às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio sobre as sanções pelo desrespeito dessas regras.

B. Os programas de estudos do ensino superior são «serviços» ao abrigo do direito da União?

1. Natureza do «serviço»: certificado ou ensino?

45. Parte da discussão que se desenrolou tanto na fase escrita do processo como na audiência visou identificar a atividade principal que potencialmente possa equivaler a «serviço» no presente processo: a atribuição do certificado de mestre *ou* a atividade de ensino que a ele conduz? O motivo da extensa discussão deste ponto não foi apenas a aplicabilidade *material* da Diretiva Serviços, mas também a sua aplicabilidade *territorial*. As várias entidades que potencialmente concedem os graus em questão estão sediadas em diferentes países, incluindo um Estado que não é membro da União Europeia⁹.

⁹ V. *supra*, n.ºs 21, 29, e 32.

46. Segundo a Comunidade Flamenga e o Governo belga, a Diretiva Serviços não é aplicável. A GES Suíça, enquanto entidade que atribui os diplomas, está fora do âmbito territorial da diretiva. Por este motivo, consideram a segunda e a terceira questões inadmissíveis.

47. O Governo alemão também considera que a emissão de diplomas é o elemento-chave, principalmente porque dá acesso a uma profissão. Para este Governo, a admissão de candidatos a uma profissão que exige certas competências é uma atividade ligada ao exercício da autoridade pública. Tais atividades estão, no entanto, excluídas do âmbito de aplicação da Diretiva Serviços, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea i). Segundo o Governo alemão, a emissão de diplomas de ensino superior não é, portanto, um serviço para efeitos do direito da União.

48. Em contrapartida, o Governo sueco e a Comissão centram-se na atividade de ensino desenvolvida pela UIBS Bélgica e não na atribuição do diploma pela GES Suíça. Segundo eles, a atribuição de diplomas não é um serviço autónomo, devendo antes ser vista como auxiliar em relação ao serviço prestado pela UIBS Bélgica, que é ensinar.

49. Qual é a atividade principal ensino superior? Pode ser: i) a atribuição do certificado com o grau de mestre (para a qual a atividade de ensino é auxiliar); ou ii) a atividade de ensino (para a qual a emissão do certificado é auxiliar). Para decidir entre estas duas opções, a fórmula para identificar o possível serviço em causa passa pela determinação da *componente-chave* desse pacote¹⁰.

50. Nesta perspetiva, concordo com o Governo sueco e com a Comissão. Sem querer parecer muito idealista, espero que a componente-chave do ensino (superior) seja ensinar e o ensino, e não a (mera) emissão de diplomas. Um grau académico é concedido como certificação formal da aquisição de um determinado nível de conhecimentos ou competências. É o reconhecimento oficial de que todos os cursos necessários foram frequentados e que todos os exames necessários foram concluídos com sucesso, atestando assim a possibilidade de o estudante ter também adquirido alguns conhecimentos. Portanto, o certificado em si dificilmente pode ser visto como o elemento-chave e predominante da atividade realizada em programas de estudo do ensino superior¹¹.

51. Em consequência, a minha sugestão seria que a atividade principal no contexto de um programa de estudos de ensino superior é a oferta de cursos (aparentemente fornecidos pela UIBS Bélgica) e não a atribuição formal de um certificado (presumivelmente pela GES Suíça).

2. Programas de ensino superior - «serviços» ao abrigo do direito da União?

a) Ensino como «serviço» ao abrigo do Tratado

52. É indiscutível que o direito da União não afeta a competência dos Estados-Membros no que se refere ao conteúdo do ensino e à organização do sistema educativo e respetiva diversidade cultural e linguística, bem como ao conteúdo e à organização da formação profissional. No entanto, também é claro que, ao exercer essa competência, os Estados-Membros devem cumprir o direito da União, em especial as disposições relativas à liberdade de prestação de serviços¹².

10 Similarmente à abordagem invocada pelo Tribunal para determinar a liberdade de circulação mais pertinente aplicável (bens ou serviços) v., por exemplo, acórdãos de 24 de março de 1994, Schindler (C-275/92, EU:C:1994:119, n.º 22), e de 22 de janeiro de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2002:34, n.º 31).

11 Se assim fosse, então isso significaria (principalmente) para instituições de ensino superior financiadas pelo setor privado, mesmo as devidamente acreditadas e de qualidade inquestionável, que do ponto de vista da legislação da União, os seus serviços consistiriam na emissão de diplomas para remuneração (financeira).

12 V. Acórdão de 11 de setembro de 2007, Comissão/Alemanha (C-318/05, EU:C:2007:495, n.º 86). V. também, nesse sentido, Acórdão de 13 de fevereiro de 1985, Gravier (293/83, EU:C:1985:69, n.º 19).

53. Nos termos do artigo 57.º TFUE, uma atividade é considerada «serviço» quando é «prestada geralmente mediante remuneração». Segundo jurisprudência constante, a característica essencial da remuneração reside no facto de esta constituir a contrapartida económica da prestação em causa e ser normalmente acordada entre o prestador e o destinatário do serviço¹³.

54. No contexto específico do ensino, a fim de determinar se existe um serviço ao abrigo dos Tratados, o Tribunal de Justiça fez uma nova distinção, tendo em conta a entidade que presta o ensino e o modo como é financiado. A fórmula foi estabelecida pela primeira vez no Acórdão Humbel¹⁴ e, portanto, referir-me-ei a ela como «fórmula Humbel».

55. A questão que se colocava no processo Humbel era o pedido de pagamento de uma propina feito a um estudante francês (o «minerval») pelo ensino secundário, na Bélgica. O pedido de pagamento foi dirigido apenas a (pais de) estrangeiros. Os estudantes que eram cidadãos belgas não eram obrigados a pagar o minerval. O Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre se o curso secundário, que faz parte do sistema nacional de ensino, poderia ser qualificado como «prestação de serviços», permitindo aos pais do estudante francês invocar as disposições do Tratado que proíbem a discriminação no acesso aos serviços baseada na nacionalidade¹⁵.

56. O Tribunal de Justiça decidiu que a liberdade de prestação de serviços nos termos do Tratado não podia ser invocada naquele caso, uma vez que não havia compensação no sentido de remuneração pelos serviços que tinham sido prestados. O Tribunal afirmou que essa «característica não existe no caso do ensino ministrado no âmbito do sistema de educação nacional. Por um lado, ao estabelecer e manter esse sistema, o Estado não pretende envolver-se em atividades remuneradas, mas cumpre a sua missão nos domínios social, cultural e educativo perante a sua população. Por outro lado, o sistema em causa é, [...] regra geral, financiado pelo orçamento público e pelos estudantes ou pelos seus pais»¹⁶.

57. Embora o próprio Acórdão Humbel se referisse ao ensino secundário, esta abordagem foi gradualmente alargada a outras formas de ensino, incluindo o ensino superior¹⁷.

58. Assim, numa reformulação geral mais recente, o Tribunal de Justiça assinalou que não existe remuneração e, por conseguinte, nenhum «serviço», ao abrigo do direito da União, no caso dos cursos oferecidos por certos estabelecimentos que fazem parte de um sistema de *ensino público* e que são financiados, total ou principalmente, por *fundos públicos, mesmo que propinas e taxas devam por vezes ser pagas como contribuição para as despesas operacionais do sistema*¹⁸. Inversamente, os cursos ministrados por estabelecimentos de ensino essencialmente financiados por fundos privados — pelos estudantes e pelos seus pais — são serviços na aceção do direito da União, uma vez que o propósito desses estabelecimentos é oferecer um serviço mediante remuneração¹⁹.

13 V., por exemplo, Acórdãos de 27 de setembro de 1988, Humbel e Edel (263/86, EU:C:1988:451, n.º 17); de 22 de maio de 2003, Freskot (C-355/00, EU:C:2003:298, n.º 55); e de 11 de setembro de 2007, Schwarz e Gootjes-Schwarz (C-76/05, EU:C:2007:492, n.º 38); e de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 47).

14 Acórdão de 27 de setembro de 1988, Humbel e Edel (263/86, EU:C:1988:451).

15 Acórdão de 27 de setembro de 1988, Humbel e Edel (263/86, EU:C:1988:451, n.ºs 4 e 14).

16 Acórdão de 27 de setembro de 1988, Humbel e Edel (263/86, EU:C:1988:451, n.º 18).

17 V. Acórdãos de 7 de dezembro de 1993, Wirth (C-109/92, EU:C:1993:916, n.º 16), e de 20 de maio de 2010, Zanotti (C-56/09, EU:C:2010:288, n.ºs 30 a 35).

18 Acórdão de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 50, e jurisprudência referida).

19 Acórdão de 11 de setembro de 2007, Schwarz e Gootjes-Schwarz (C-76/05, EU:C:2007:492, n.º 40).

59. Parece haver uma razão dupla que suscitou a distinção entre ensino financiado por meios públicos e por meios privados. Em primeiro lugar, o «argumento da missão social e cultural»: ao estabelecer e manter esse sistema, o Estado não pretende envolver-se em atividades remuneradas, mas cumprir a sua missão nos domínios social, cultural e educativo perante a sua população²⁰. Em segundo lugar, às vezes relacionado com o anterior, outras vezes tratado separadamente, é o argumento «sem fins lucrativos»: instituições de ensino (públicas) são financiadas principalmente por fundos públicos para realizar atividades sem fins lucrativos para o interesse geral de disseminar conhecimento e emancipar cidadãos. Nesse sentido, a atividade em causa não é de natureza económica²¹.

b) Diretiva Serviços e serviços de interesse geral sem caráter económico

60. A Diretiva Serviços tornou este quadro (baseado no Tratado) um pouco mais complexo. Por um lado, o artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva Serviços refere expressamente que é adotada a definição do Tratado sobre o que é um serviço. Assim, para efeitos do Tratado, bem como da Diretiva Serviços, um serviço deve ser entendido como qualquer atividade económica não assalariada prestada geralmente mediante remuneração por um prestador estabelecido num Estado-Membro²².

61. Além disso, no entanto, o artigo 2.º, n.º 2, enumera um certo número de atividades *específicas* às quais a Diretiva Serviços não se aplica, como os serviços de saúde ou os serviços sociais. Esta disposição contém igualmente duas categorias abstratas de serviços que estão excluídas do âmbito de aplicação da diretiva, a saber, *serviços de interesse geral sem caráter económico*²³ e atividades relacionadas com o *exercício da autoridade pública*²⁴.

62. Relativamente a esta última exceção e, em especial, ao argumento invocado pelo Governo alemão, segundo o qual a atribuição de diplomas universitários é o exercício da autoridade pública excluído do âmbito de aplicação da Diretiva Serviços, só pode ser reafirmado que a chave e o elemento determinante de qualquer ensino não é a atribuição do grau académico, mas a atividade do ensino²⁵. Assim, no contexto do presente processo, não é necessário examinar em que medida a concessão de um diploma pode dizer respeito ao exercício da autoridade pública. Basta observar que, de acordo com jurisprudência assente, as atividades de ensino (universitárias), enquanto atividades da sociedade civil, não são atividades relacionadas com o exercício da autoridade pública²⁶.

63. O conceito de *serviços de interesse geral sem caráter económico* não deixa de ser, no entanto, mais difícil de captar, sobretudo porque a Diretiva Serviços dispõe claramente que compreende o conceito básico de «serviço» da mesma forma que o Tratado. Nos termos do artigo 57.º TFUE, consideram-se «serviços», para efeitos do disposto nos Tratados, «as prestações realizadas normalmente mediante remuneração». Esta redação é um tanto confusa, na medida em que utiliza o mesmo termo (serviço) para se referir, por um lado, à própria atividade de prestação de serviços (ou seja, à categoria *factual* dos serviços) e, por outro lado, à categoria *jurídica* dos serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação dos Tratados (e, por extensão, da Diretiva Serviços).

20 V. Acórdãos de 27 de setembro de 1988, Humbel e Edel (263/86, EU:C:1988:451, n.º 18), e de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 50).

21 V. Conclusões do advogado-geral G. Slynn apresentadas precisamente no processo Humbel e Edel (263/86, EU:C:1988:151, págs. 5379 to 5380).

22 V., por exemplo, Acórdãos de 11 de julho de 2013, Femarbel (C-57/12, EU:C:2013:517, n.º 32), e de 23 de fevereiro de 2016, Comissão/Hungria (C-179/14, EU:C:2016:108, n.º 113).

23 Artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva Serviços.

24 Artigo 2.º, n.º 2, alínea i), da Diretiva Serviços.

25 V. n.º 50, *supra*.

26 V. Acórdão de 18 de dezembro de 2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, n.º 38 e jurisprudência referida).

64. Esta dualidade significa que um serviço (de facto) não é sempre um serviço (para efeitos do direito da União). Para ser um «serviço» nos termos do Tratado, a atividade específica em análise deve ter uma dimensão económica que seja principalmente atestada pela existência de remuneração ou contrapartida financeira, mas também — embora não necessariamente — pela finalidade de obter um lucro, ou/e de ser financiada principalmente por fundos privados²⁷. Por outras palavras, a existência de uma «natureza económica» é a parte necessária da existência de um serviço *em termos jurídicos*.

65. Neste contexto, sou forçado a admitir que atingi o meu limite de tentar decifrar o significado *jurídico* lógico da categoria de «serviços de interesse geral sem caráter económico». Se a categoria jurídica de serviço ao abrigo do direito da União é definida pela sua dimensão económica, como pode um serviço *não económico*, seja ele de interesse geral ou não, ser efetivamente um serviço na aceção do direito da União? Ou, dito de outro modo, pode efetivamente haver «atividades económicas não económicas de interesse geral»?

66. A explicação mais racional que posso dar para estes desafios terminológicos é presumir que, ao criar esta nova categoria, o legislador da União quisesse essencialmente excluir as *atividades* não económicas de interesse geral do âmbito de aplicação da Diretiva Serviços²⁸. Se isto for verdade, a isenção prevista no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva Serviços é (juridicamente) redundante porque essas atividades já estariam excluídas, uma vez que à partida não seriam serviços (nos termos do Tratado)²⁹. «Serviços de interesse geral sem caráter económico» parece, portanto, ser apenas um subconjunto de «não serviços» ao abrigo do direito da União.

67. Com este esclarecimento terminológico em mente, mantém-se a questão de saber se o ensino superior está ou não abrangido pela exceção dos *serviços de interesse geral sem caráter económico*, nos termos da Diretiva Serviços, tal como defendido, nomeadamente, pelo Governo belga.

68. Não é esse o meu entendimento.

69. Em primeiro lugar, várias atividades específicas, como os cuidados de saúde ou os serviços sociais, estão expressamente excluídas em bloco do âmbito de aplicação da Diretiva Serviços pelo seu artigo 2.º, n.º 2. No entanto, não é esse o caso do(s) serviço(s) de ensino. Por conseguinte, não se pode considerar que estejam especificamente excluídos, como tal, do âmbito de aplicação material da Diretiva Serviços.

70. Em segundo lugar, na ausência de tal *isenção em bloco* para um determinado tipo de atividade, cada atividade individual — isto é, no contexto do ensino, o programa de estudos em causa — deve ser avaliada *individualmente*, tendo em vista a jurisprudência uniforme do Tribunal de Justiça sobre se as condições desta foram cumpridas. Assim, contrariamente aos pontos de vista defendidos pelo Governo belga, o ensino enquanto tal não se enquadra *no seu todo* na categoria dos serviços de interesse geral sem caráter económico. Em vez disso, tal como também consta do considerando 34 da

27 V, por exemplo, neste sentido, Acórdão de 18 de dezembro de 2007, *Jundt* (C-281/06, EU:C:2007:816, n.ºs 32 e 33).

28 Tal como confirmado pela descrição do que o conceito visa no Manual de execução da Diretiva Serviços [Comissão Europeia (Direção-Geral do Mercado Interno e dos Serviços)], Serviço das Publicações Oficiais, 2007, pág. 11). V. também a proposta da Comissão para uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos serviços no mercado interno [COM (2004) 2 final, p. 20].

29 Neste sentido, v., também, as Conclusões do advogado-geral M. Szpunar no processo Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:472, n.º 37): «o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), salienta que a diretiva não se aplica a serviços de interesse geral *sem caráter económico* (o que é supérfluo, uma vez que é inerente à definição de serviço que este seja prestado a troco de remuneração».

Diretiva Serviços, que reafirma a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a avaliação deve ser feita caso a caso³⁰. Assim, o que importa determinar é se a atividade de ensino propriamente dita ou o programa de estudos seguido podem ser qualificados como um serviço, isto é, se são essencialmente realizados por instituição privadas e financiados por fundos privados³¹.

71. Em suma, os programas de estudos do ensino superior podem ser qualificados como serviços e enquadrar-se no âmbito de aplicação da Diretiva Serviços, a menos que, em relação ao programa de estudos específico em causa, se aplique a exceção de Humbel. Neste último caso, tal atividade torna-se um «não serviço» nos termos do Tratado, devendo também ficar isenta da aplicabilidade da Diretiva Serviços como um *serviço de interesse geral sem caráter económico*.

c) *Fórmula Humbel e programas de estudo do ensino superior*

72. Dito isto, é indiscutível que, numa análise mais atenta, a aplicação da exceção de Humbel aos programas de estudo do ensino superior levanta atualmente uma série de questões.

73. Em primeiro lugar, em termos práticos, o que é que significa fazer *parte do sistema de ensino público e financiado, total ou principalmente, por fundos públicos* num mundo em que as universidades públicas obtêm financiamento privado e doações, e entidades privadas concorrem a financiamentos e bolsas de investigação públicos? O que é público num mundo em que (até) as universidades públicas instalam *campus* noutros Estados-Membros ou constituem empresas comuns com várias outras entidades, e/ou constituem empresas «spin-off» para ensinar e fazer investigação?

74. No entanto, e talvez mais importante, fazer «parte do sistema público de ensino» impõe necessariamente quaisquer requisitos para uma determinada forma jurídica e estatuto (tal como uma instituição «pública» por oposição a uma instituição «privada»)? Com início no Acórdão Humbel e mais recentemente confirmados no Acórdão Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, têm sido mencionados dois requisitos: i) *parte do sistema de ensino público* e ii) *financiado, total ou principalmente, por fundos públicos*. No entanto, a maior parte da jurisprudência centrou-se na questão do financiamento, mantendo-se a primeira parte da afirmação, ser «*parte do sistema de ensino público*», bastante inexplorada.

75. A estas linhas institucionalmente difusas, acresce a questão de ser *financiado principalmente* por fundos públicos. Quanto é *principalmente*? Qual é a inter-relação entre financiamento específico do programa de estudos e financiamento institucional e despesas gerais?³² Sobretudo em ciências sociais e humanas, serão os salários dos professores que representarão a maior parte dos custos de execução de um programa de estudos. E se estes forem, na sua maioria, pagos a partir de diferentes fontes de

30 V. também o *Manual de execução da Diretiva Serviços*, págs. 10 e 11, que confirma que a educação não pode ser tratada como um todo ao abrigo do direito da União, apesar de sugerir uma maior generalização relativamente aos ensinos básico e secundário a nível nacional, que mais provavelmente pertencerem à categoria de serviços de interesse geral sem caráter económico. Contudo, de acordo com o Manual, não é possível aos Estados-Membros considerarem *todos os serviços* no domínio específico do ensino como serviços de interesse geral sem caráter económico.

31 Tal abordagem casuística pode logicamente implicar também, em circunstâncias específicas, que uma atividade de ensino numa universidade financiada por fundos públicos também possa ser um serviço ao abrigo do direito da União. V., neste sentido, Acórdão de 18 de dezembro de 2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, n.º 31 a 34).

32 Refira-se que a qualificação como serviço ao abrigo do direito da União não exige que a atividade em causa seja paga por aqueles que dela beneficiam. V., por exemplo, Acórdãos de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders e o. (352/85, EU:C:1988:196, n.º 16) e de 12 de julho de 2001, Smits e Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404, n.º 57). Especificamente em matéria de ensino, v. Acórdão de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 49): «Não é necessário que esse financiamento privado seja assegurado principalmente pelos estudantes ou pelos seus pais, na medida em que o caráter económico de uma atividade não depende do facto de o serviço ser pago por aqueles que dele beneficiam».

financiamento institucional?³³ É, além disso, pouco claro se se deve examinar o orçamento global da instituição ou as rubricas orçamentais correspondentes aos programas de estudo específicos, tendo em conta que as regras contabilísticas podem efetivamente tornar impossível determinar a estrutura de financiamento exato de cada programa de estudos³⁴.

76. Além disso, em vários Estados-Membros as instituições de ensino superior acreditadas, independentemente de serem públicas ou privadas quanto à sua forma jurídica, recebem financiamento do Estado por cada estudante matriculado no respetivo programa de estudos acreditado. Este financiamento, ainda que, em termos económicos reais, possa não cobrir a maioria dos custos efetivos de estudo para cada estudante, torna esse programa de estudos financiado principalmente por fundos públicos que faz parte do sistema de ensino público num Estado-Membro, ainda que seja oferecido por uma instituição privada ou financiada pelo setor privado?

77. Em segundo lugar, há um nível ideológico subjacente e mais profundo que se liga àquele nível prático. O Acórdão Humbel introduziu uma visão binária bastante mais abrangente do ensino: as instituições públicas (ou apenas aquelas que são financiadas por fundos públicos?) não são orientadas para o lucro, prosseguindo os objetivos nobres de transmitir conhecimento e cumprir as suas obrigações sociais, culturais e educacionais para com a população. Em contrapartida, as instituições privadas (ou apenas aquelas que são principalmente financiadas por fundos privados?) fornecem serviços, já que os seus objetivos são aparentemente diferentes.

78. Tal visão *talvez* pudesse estar correta na década de 1980 relativamente ao ensino *secundário*. É, no entanto, bastante problemática atualmente se aplicada a instituições de ensino *superior*.

79. Certamente não se questiona que as instituições de ensino superior prossigam uma série de missões. A maioria delas não é, de facto, orientada para os lucros. O que se questiona é a generalização, que não faz a diferenciação entre as múltiplas atividades que até mesmo uma universidade antiga e venerável realizará atualmente: desde a mera investigação fundamental ou formação de doutorandos (com necessidade de subsídios), passando pelo ensino básico na língua nacional (com taxas de inscrição padronizadas), até ao ensino pós-graduado numa língua estrangeira (com um nível de taxas muito mais elevado), até aos cursos de fim de semana feitos à medida para gestores ou intérpretes, e/ou a comercialização total dos resultados da sua investigação (ambos com elevados preços associados).

80. Em terceiro lugar, a ausência de diferenciação interna está ligada à já mencionada ausência de diferenciação de *níveis*. As declarações feitas pelo Tribunal de Justiça no Acórdão Humbel diziam respeito ao ensino secundário. Como acontece frequentemente com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, esta abordagem foi gradualmente alargada a outros tipos de educação, incluindo o ensino superior, sem, no entanto, os pressupostos subjacentes que formaram a sua primeira expressão serem criticamente reavaliados no novo contexto (de ensino superior).

81. A partilha e a transmissão de conhecimentos no sentido mais amplo e o cumprimento do papel social e educacional do Estado são decerto objetivos importantes. No entanto, esses interesses públicos talvez não tenham o mesmo peso em todos os níveis de ensino. O interesse do Estado é de facto imperativo ao nível do ensino básico³⁵. Atualmente, pode dizer-se que também é bastante forte

33 No seu Acórdão de 27 de junho de 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 51), o Tribunal de Justiça sugeriu que um estabelecimento de ensino que realize uma série de atividades deve manter uma «contabilidade separada para os diferentes financiamentos recebidos, de modo a excluir qualquer risco de subvenção “cruzada” das suas atividades económicas através dos fundos públicos de que beneficia para as suas atividades não económicas.»

34 Refira-se que os Acórdãos de 18 de dezembro de 2007, *Jundt* (C-281/06, EU:C:2007:816, n.ºs 31 a 34), e de 27 de junho de 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 63) sugerem de facto que a determinação da existência de um serviço ao abrigo do direito da União seja feita ao nível de cada programa de estudos.

35 Encontrando a sua expressão na obrigação legal de respeitar um determinado número de anos do ensino básico.

ao nível do ensino secundário, embora juntamente com alguns interesses privados do estudante. A balança começa a inclinar-se para o nível do ensino superior, onde cresce e se reforça o interesse individual do estudante em obter certas qualificações adicionais e o seu «valor» no mercado de trabalho.

82. A coordenação de interesses no ensino e, portanto, potencialmente, da definição do que possa ser um serviço de interesse geral sem carácter económico para estes fins, apresenta, assim, uma relação de proporções inversas. Quanto mais alto for o grau de ensino, menor a necessidade pública e o interesse público geral em receber esse tipo de ensino e maior o interesse privado em complementar as qualificações de cada um. Por outras palavras, a missão imperativa cultural e societária do Estado, que originalmente gerou a exceção de Humbel³⁶, vai enfraquecendo.

83. Quero sublinhar expressamente que existe um evidente interesse público geral em *ter* instituições de ensino superior. Isso é, no entanto, diferente de afirmar que existe um interesse geral em toda e qualquer pessoa que frequente a universidade. O facto de um indivíduo optar por frequentar o ensino superior é, portanto, em grande medida, a expressão do seu interesse pessoal.

84. Se assim fosse, então seria realmente forçado a seguir a lógica defendida basicamente pelo Governo belga no presente processo. A exceção relativa aos *serviços de interesse geral sem carácter económico* prevista na Diretiva Serviços significaria, efetivamente, acrescentar na diretiva uma nova isenção em bloco. Que também seria definida pelo tipo de atividade, fosse qual fosse o tipo de ensino (superior), ainda que financiado. Isto porque é do interesse do Estado ter uma população tão educada quanto possível e, por conseguinte, qualquer serviço fornecido será sempre de interesse geral: todas as atividades educativas estão, portanto, excluídas da Diretiva Serviços como *serviços de interesse geral* sem carácter económico³⁷.

85. Em quarto e último lugar, outra razão pela qual a jurisprudência Humbel deva talvez ser abordada com cautela é o facto de representar não apenas um afastamento considerável da abordagem geral da definição de serviços, mas também o facto de ser bastante singular quando comparada com outros regimes especiais para tipos específicos de serviços, em especial os cuidados de saúde.

86. Os cuidados de saúde são indubitavelmente uma atividade de interesse público, fortemente regulamentada, na qual normalmente não há pagamento integral e direto feito pelo paciente, mas sim o reembolso de custos (regulamentados) ao prestador de serviços de saúde por meio de terceiros (seja através de uma companhia de seguros ou de regimes públicos de saúde). O Tribunal de Justiça recusou-se, porém, explicitamente, a aplicar a abordagem Humbel aos cuidados hospitalares, prestados em espécie ou gratuitamente ao paciente, designadamente nos casos em que claramente não havia lucro. Considerou que «os pagamentos efetuados pelas caixas de seguro de doença no quadro do sistema convencionado organizado pela ZFW, ainda que forfetários, constituem efetivamente a contrapartida económica das prestações hospitalares e possuem, indubitavelmente, carácter remuneratório relativamente ao estabelecimento hospitalar que dela beneficia e que está comprometido numa atividade de tipo económico»³⁸.

³⁶ V., n.º 59, *supra*.

³⁷ Logicamente também incluindo (e, portanto, excluindo do âmbito de aplicação da Diretiva Serviços) os já mencionados cursos adicionais para gestores (v. n.º 79, *supra*), ou quaisquer outras atividades que possam claramente ser lucrativas, mas onde o conhecimento também é disseminado.

³⁸ Acórdão de 12 de julho de 2001, Smits e Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404, n.º 58). Refira-se que o artigo 2.º, n.º 2, alínea f), da Diretiva Serviços exclui agora do âmbito de aplicação da diretiva «[s]erviços de cuidados de saúde, prestados ou não no âmbito de uma estrutura de saúde, e independentemente do seu modo de organização e financiamento a nível nacional e do seu carácter público ou privado». O sublinhado é meu.

87. O que é surpreendente, uma vez que a saúde apresenta várias semelhanças com a educação³⁹. Ambas são reguladas em primeira linha pelos Estados-Membros. Ambas implicam escolhas políticas e refletem os valores sociais na forma como esses serviços são prestados. Além disso, embora existam variações de um país para outro, o financiamento dos cuidados de saúde não é diferente do ensino financiado pelo setor público. Os serviços de saúde são, de facto, pagos por caixas de seguros de doença, que, na Europa, são geralmente financiadas por órgãos que emanam do Estado, apesar de alguns fundos serem providos pelos pacientes. É improvável que as contribuições dos doentes para a segurança social sejam proporcionais ao custo real do serviço recebido.

88. O mesmo também se verifica, e ainda mais, quando o entendimento de atividade económica e remuneração no Acórdão Humbel é confrontado com a noção de «económico» noutros domínios do direito da União. Nos auxílios estatais ou no direito da concorrência, o Tribunal de Justiça manteve tradicionalmente um amplo entendimento de «atividade económica» como elemento decisivo para caracterizar uma empresa. Segundo o Tribunal de Justiça, «o conceito de “empresa” abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, *independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*. [...] Constitui uma atividade económica qualquer atividade que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado. A circunstância de a oferta de bens ou de serviços ser feita sem fins lucrativos não obsta a que a entidade que realiza essas operações no mercado deva ser considerada uma empresa, uma vez que essa oferta está em concorrência com a de outros operadores que prosseguem fins lucrativos»⁴⁰.

d) Conclusão intercalar

89. No presente processo, embora algumas das questões que acabei de mencionar tenham sido levantadas nas observações escritas e na audiência, parece indiscutível que a UIBS Bélgica, sociedade responsável pelas atividades de ensino, é uma entidade privada, financiada apenas por fundos privados. Assim, também com base na fórmula Humbel na sua formulação atual, a atividade docente da UIBS Bélgica é remunerada e, portanto, os cursos oferecidos por essa sociedade são «serviços» na aceção do Tratado.

90. Na minha opinião, estas atividades também constituem serviços para efeitos da Diretiva Serviços. Uma vez que não se aplica a exclusão específica do âmbito de aplicação desta última e os programas de estudos de ensino superior financiados por estudantes não podem ser abrangidos pela noção de serviços de interesse geral sem carácter económico, a Diretiva Serviços é também (materialmente) aplicável.

91. Além desta conclusão — relativamente simples —, também sugiro, de forma mais ampla, que, ao contrário de alguns dos argumentos expressos no decorrer do presente processo, a exceção Humbel não é universalmente aplicável ao ensino superior, sendo efetivamente permitida a criação de outra isenção em bloco para quaisquer atividades realizadas principalmente por instituições públicas de ensino superior. Três pontos merecem destaque a este respeito.

92. Em primeiro lugar, o que deve ser avaliado é cada tipo específico de atividade (e especialmente o *programa específico de estudos*) para determinar se tem natureza *económica*.

³⁹ Nas suas conclusões no processo Humbel, o advogado-geral G. Slynn (nota n.º 21) enfatizava repetidamente a analogia natural existente entre o ensino secundário e a saúde.

⁴⁰ V. Acórdão de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 41 e n.ºs 45 a 46 e jurisprudência referida). O sublinhado é meu.

93. Em segundo lugar, ao avaliar a natureza económica de um determinado programa de estudos, sugiro que se dedique menos atenção aos pormenores das rubricas orçamentais (de onde vem exatamente essa determinada quantia de dinheiro e de onde vem exatamente e se não existe um financiamento misto público-privado). O foco deve estar no *nível de estudo* e no correlativo *equilíbrio de interesses* envolvidos. Quanto mais cedo no sistema educacional (ensino básico e secundário) mais não económica e, efetivamente, social é a natureza do ensino. Com efeito, isso justificaria plenamente a sua exclusão da noção de serviços, em especial se for prestado numa base gratuita e se for obrigatório para todos.

94. Em terceiro e último lugar, devem ser avaliados o pagamento do programa de estudos e a questão da remuneração. No entanto, tal avaliação não deve ser realizada a partir de uma visão isolada do prestador individual, mas mais contextualmente, em consonância com a jurisprudência geral sobre a noção de remuneração normal no contexto dos serviços, e tendo em conta a natureza da atividade e do mercado relevante.

95. Isto implica, *por um lado*, que o custo (económico total) não tenha de ser pago (única e diretamente) pelo cliente. À semelhança da jurisprudência sobre cuidados de saúde ou serviços em geral⁴¹, o que interessa não é saber se existe um pagamento direto, mas se é ou não paga uma contrapartida económica por cada participante específico, mesmo que seja paga de forma indireta e (pelo menos de certa forma) proporcional à quantidade ou número de serviços prestados.

96. *Por outro lado*, para tal avaliação, importa também a natureza mais ampla do «mercado», e não apenas o estabelecimento institucional específico de um único prestador de serviços. Assim, se para um determinado tipo de programa de estudos, existe um mercado vibrante nacional, europeu ou mesmo global, com a oferta de certo número de programas de estudo concorrentes, é bastante difícil sugerir que fornecer algo que já é oferecido em dezenas de outras instituições, uma instituição de ensino superior, seja parte do sistema nacional de ensino público ou não, está a cumprir um objetivo social e cultural especial e único.

97. Dito isto, são necessárias duas observações finais.

98. Em primeiro lugar, é claro que o facto de alguns programas de estudos do ensino superior poderem constituir serviços nos termos do direito da União (como alguns poderão caricaturar) não significa que a especificidade do ensino esteja imediata e irreversivelmente perdida. Os professores não serão transformados em provedores e os estudantes em clientes, seguramente que não em virtude do direito da União. O ensino não é certamente um serviço como outro qualquer. Assim, à semelhança de outros tipos especiais de serviços, como os cuidados de saúde, as especificidades podem e devem ser mantidas.

99. Em segundo lugar, além do nível ideológico que simplesmente negaria axiomáticamente que o ensino superior pudesse alguma vez constituir um serviço, num nível mais prático, a prestação de serviços em alguns casos não gera apenas obrigações por parte dos prestadores de serviços, mas também lhes confere direitos e garante proteção. A liberdade de prestação de serviços opera, portanto, nos dois sentidos. Isso pode ser de especial importância para a livre circulação e concorrência no espaço do ensino superior na União Europeia. Deverá, em princípio, ser possível que as instituições de um Estado-Membro se tornem ativas, caso desejem, no território de outras, independentemente do seu estatuto jurídico e de financiamento nacional específico, o que é suscetível de diferir e ter uma importância limitada no outro Estado-Membro.

41 V. n.º 86, *supra*.

C. Segunda e terceira questões

100. Com a segunda e terceira questões, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a compatibilidade da legislação nacional, que proíbe as instituições de ensino superior não acreditadas de emitirem graus de mestre e permite a aplicação de sanções penais por violação dessa proibição, com a Diretiva Serviços.

1. Aplicabilidade

101. A Diretiva Serviços aplica-se ao curso oferecido pela UIBS Bélgica? Para a Comunidade Flamenga e para o Governo belga, que se centram na atribuição do grau académico, a diretiva não é aplicável *ratione loci* porque a entidade que atribui o grau, a GES Suíça, está sediada num país terceiro e, portanto, não pode valer-se da liberdade de circulação ao abrigo do direito da União. O Governo polaco, por seu turno, centra-se na UIBS Bélgica e considera que a diretiva não é aplicável porque não existe um elemento transfronteiriço, estando todos os factos relevantes confinados a um único Estado-Membro, a saber, a Bélgica (situação puramente interna).

102. Na minha opinião, a Diretiva Serviços é aplicável ao presente processo.

103. Os argumentos avançados pela Comunidade Flamenga e pelo Governo belga já foram abordados:⁴² a atividade determinante em causa é o ensino que é levado a cabo pela UIBS Bélgica e não a emissão formal dos certificados do grau académico, aparentemente organizada pela GES Suíça. Por conseguinte, a Diretiva Serviços é aplicável *ratione loci*, uma vez que a UIBS Bélgica está estabelecida num Estado-Membro⁴³.

104. Quanto ao argumento do Governo polaco, o Tribunal de Justiça declarou, por um lado, que a organização, mediante remuneração, de cursos de formação superior, é uma atividade económica abrangida pelo capítulo do Tratado relativo ao direito de estabelecimento, quando é exercida pelo nacional de um Estado-Membro num Estado-Membro diferente, de forma estável e contínua, a partir de um estabelecimento principal ou secundário neste último Estado-Membro⁴⁴. Por outro lado, o Tribunal de Justiça também afirmou recentemente que as disposições do capítulo III da Diretiva Serviços, sobre a liberdade de estabelecimento dos prestadores, se aplicam também a uma situação em que todos os elementos relevantes estão confinados a um único Estado-Membro⁴⁵.

105. No presente processo, foi referido que os cursos são ministrados por uma empresa belga na Bélgica nos *campus* de Antuérpia e Gand e que cada um desses *campus* contrata os seus próprios funcionários. Parece, portanto, sob reserva das verificações necessárias pelo órgão jurisdicional de reenvio, que a UIBS Bélgica, o prestador de serviços, tem uma atividade permanente e estável e, portanto, um «estabelecimento» na Bélgica⁴⁶.

42 V. n.ºs 46 a 51.

43 Uma vez que a Diretiva Serviços parece ser aplicável, não é necessário analisar em pormenor o argumento do Governo sueco relativo à potencial aplicabilidade do Acordo entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros, por um lado, e a Confederação Suíça, por outro sobre a livre circulação de pessoas (JO 2002 L 114, p. 6). Em todo o caso, o Governo sueco também observou corretamente que o alcance da liberdade de prestação de serviços transfronteiras ao abrigo desse acordo está limitado ao direito de prestação de serviços por um período máximo de 90 dias por ano, mas não confere às pessoas coletivas o direito de estabelecimento.

44 Acórdão de 13 de novembro de 2003, Neri (C-153/02, EU:C:2003:614, n.º 39).

45 Acórdão de 30 de janeiro de 2018, X e Visser (C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, n.º 110). O mesmo não acontece com a liberdade de prestação de serviços (n.º 102).

46 O artigo 4.º, n.º 5, da Diretiva Serviços define «estabelecimento» como «o exercício efetivo pelo prestador de uma atividade económica na aceção do artigo 43.º do Tratado, por um período indeterminado e através de uma infraestrutura estável a partir da qual a prestação de serviços é efetivamente assegurada».

106. Daqui decorre que o capítulo III da Diretiva Serviços é aplicável, independentemente de a situação em causa ser puramente interna ou não. A discussão sobre a aplicabilidade da Diretiva Serviços ao presente processo pode ser suspensa, uma vez que, com base no Acórdão X e Visser, já não é necessário identificar um elemento transfronteiriço para desencadear a aplicabilidade das disposições da Diretiva Serviços sobre a liberdade de estabelecimento.

107. No entanto, por uma questão de exaustividade, refira-se que a situação em apreço não parece ser puramente interna. Apresenta alguns aspetos transfronteiriços que podem, de facto, tornar a Diretiva Serviços aplicável. O primeiro aspeto é que existem destinatários de serviços de outros Estados-Membros: os estudantes que frequentam os cursos ministrados pela UIBS Bélgica podem vir de toda a União Europeia⁴⁷. O segundo aspeto deriva da estrutura da sociedade. Resulta das alegações escritas dos arguidos que a UIBS Bélgica tem uma sociedade controladora e/ou sociedades coligadas na forma de vários *campus* estabelecidos noutros Estados-Membros e que está estreitamente relacionada com a GES Espanha.

2. Quanto ao mérito

108. Os arguidos argumentam que, ao exigir que uma instituição de ensino obtenha acreditação por parte da Administração da Flandres antes de poderem atribuir diplomas de «master», a Comunidade Flamenga infringe os artigos 9.º e 10.º da Diretiva Serviços. O procedimento de acreditação estabelecido no decreto nacional para autorizar a atribuição de diplomas de «master» não cumpre todos os critérios estabelecidos nos artigos 9.º e 10.º da Diretiva Serviços.

109. Discordo.

110. Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva Serviços e da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴⁸, os Estados-Membros só podem subordinar a um regime de autorização o acesso a uma atividade de serviços e o seu exercício se esse regime for não discriminatório, justificado e proporcionado.

111. Como alegado pela Comissão, o procedimento de acreditação no caso em apreço pode ser caracterizado como um regime de autorização na aceção do artigo 4.º, n.º 6, da Diretiva Serviços, uma vez que o exercício dos serviços educativos está sujeita à obtenção da acreditação emitida pelas autoridades competentes.

112. Mesmo que tal procedimento não impeça uma instituição de ensino superior, como a UIBS Bélgica, de oferecer programas de estudo no mercado, ainda limita a forma como é exercida essa atividade, ao exigir acreditação antes que a emissão de graus de mestre seja permitida. Por conseguinte, o procedimento de acreditação restringe a liberdade de estabelecimento. Isso torna menos atraente a participação dos estudantes nesses cursos, uma vez que os mesmos nunca podem levar à obtenção de um diploma específico, como o de um grau de mestre⁴⁹, dificultando assim a procura dos negócios do prestador de serviços. Nos tempos hodiernos, dificilmente pode ser contestada a importância de obter uma qualificação formal, como um mestrado, para se ter acesso a um vasto leque de profissões.

113. Embora constitua uma restrição à liberdade de estabelecimento, o procedimento de acreditação parece, no entanto, plenamente justificado e compatível com o direito da União.

47 V. Acórdãos de 31 de janeiro de 1984, Luisi e Carbone (286/82 e 26/83, EU:C:1984:35, n.º 16); de 2 de fevereiro de 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, n.º 15); e de 20 de maio de 2010, Zanolini (C-56/09, EU:C:2010:288, n.º 26).

48 V., por exemplo, Acórdão de 6 de novembro de 2003, Gambelli e o. (C-243/01, EU:C:2003:597, n.º 65), e de 6 de março de 2007, Placanica e o. (C-338/04, C-359/04 e C-360/04, EU:C:2007:133, n.º 49).

49 Neste sentido, noutra área, v., por exemplo, Acórdão de 22 de janeiro de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2002:34 n.º 29).

114. Em primeiro lugar, não foi alegado por nenhuma das partes que as condições de acreditação são discriminatórias. Parecem aplicar-se da mesma forma a qualquer instituição de ensino superior que pretenda lançar programas de ensino e atribuir graus de mestre. Em especial, a nacionalidade não parece desempenhar aqui qualquer papel. No presente processo, trata-se de uma sociedade *belga* (UIBS Bélgica) que não obteve acreditação junto das autoridades competentes da *Bélgica*.

115. Em segundo lugar, o processo de acreditação é claramente justificado pelo objetivo de assegurar um padrão elevado de ensino universitário, que é um objetivo legítimo de interesse público⁵⁰. É de facto legítimo sujeitar a concessão de *determinados* graus, em especial os que são considerados como graus de qualificação *padronizados internacionalmente* para várias profissões, a requisitos de qualidade e verificação, a fim de assegurar a confiança na qualidade dos graus que foram atribuídos a potenciais estudantes e funcionários.

116. A mesma razão legítima tem uma dimensão externa adicional: um elevado nível de confiança (mútua) é ainda mais importante para a livre circulação e a criação de um Espaço Europeu do Ensino Superior. Os diplomas de bacharel, mestrado e doutorado devem ser «padronizados» em toda a Europa através do sistema ECTS⁵¹. Além disso, uma vez que os graus académicos se destinam a refletir a aquisição de qualificações específicas, a confiança nesses graus é também fundamental para garantir o bom funcionamento do reconhecimento mútuo das qualificações profissionais na União Europeia⁵².

117. Em terceiro e último lugar, o procedimento de acreditação parece ser necessário e adequado para alcançar os objetivos acima mencionados. Não consigo discernir, a menos que sejam consideradas abordagens bastante singulares⁵³, meios menos restritivos para garantir a qualidade de certos graus além da proibição da concessão de mestrados por instituições não acreditadas que não tenham sido avaliadas e onde a qualidade do ensino não tenha sido apurada⁵⁴.

118. Por conseguinte, e apesar de, como é óbvio, caber em última análise ao órgão jurisdicional de reenvio o pleno conhecimento de todos os factos relevantes, conclui-se que o processo de acreditação em causa — e a sua extensão lógica na proibição de conceder títulos sem tal acreditação — parece ser compatível com as condições estabelecidas no artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva Serviços.

119. Resulta do exposto que a segunda questão deve ser respondida da seguinte forma: a Diretiva 2006/123 deve ser interpretada o sentido de que não se opõe a uma disposição nacional que proíbe os estabelecimentos de ensino não acreditados em geral de designarem como «master» os diplomas que emitem, desde que o procedimento de acreditação preencha as condições estabelecidas no artigo 9.º, n.º 1, dessa diretiva.

3. Disposição penal nacional

120. A terceira questão refere-se especificamente a uma disposição de direito penal que penaliza a violação da obrigação de as instituições não acreditadas não concederem o grau de mestre. Os arguidos alegam que esta disposição não respeita o critério da proporcionalidade.

50 V. Acórdãos de 13 de novembro de 2003, Neri (C-153/02, EU:C:2003:614, n.º 46), e de 12 de dezembro de 2013, Dirextra Alta Formazione (C-523/12, EU:C:2013:831, n.º 25).

51 V., nomeadamente, a Declaração de Bolonha de 19 de junho de 1999 - Declaração Conjunta dos Ministros Europeus da Educação, alargada pela Conferência de Bergen dos Ministros Europeus Responsáveis pelo Ensino Superior, que decorreu de 19 a 20 de maio de 2005, no quadro das Qualificações para o Espaço Europeu do Ensino Superior.

52 V., em especial, o artigo 53.º, n.º 1, TFEU e a Diretiva 2005/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais (JO 2005 L 255, pág. 22).

53 Embora frequentemente invocada através da analogia da jurisprudência relativa à livre circulação de mercadorias, não penso que a abordagem de «colar apenas uma etiqueta com algumas informações e deixar o consumidor decidir» seja realmente útil na área dos serviços, em especial em serviços específicos como o ensino.

54 V. também, neste sentido, Acórdão de 12 de dezembro de 2013, Dirextra Alta Formazione (C-523/12, EU:C:2013:831, n.ºs 28 e 29). Mas ver, Para um exemplo de uma medida desproporcionada, v., por exemplo, Acórdão de 13 de novembro de 2003, Neri (C-153/02, EU:C:2003:614).

121. Segundo a Comunidade Flamengo e o Governo belga, esta questão, que foi formulada pelo órgão jurisdicional de reenvio à luz dos artigos 9.º, n.º 1, alínea c), e 10.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva Serviços, é inadmissível. Isto porque estas disposições dizem respeito ao próprio regime de autorização, por oposição às sanções associadas à falta de autorização ou ao seu desrespeito.

122. Pelas razões que expus acima nas minhas observações preliminares⁵⁵, sou de opinião que a questão é admissível. A proibição de as instituições não acreditadas concederem graus, e através dessa disposição, o próprio procedimento de acreditação, bem como as possíveis sanções resultantes do não cumprimento dessa proibição, são todos elementos da norma jurídica aplicável. Por conseguinte, deve concluir-se que a terceira questão é admissível.

123. Sou de opinião que a Diretiva Serviços não se opõe às disposições penais em apreço.

124. Resulta do artigo 1.º, n.º 5, da Diretiva Serviços e de jurisprudência assente⁵⁶ que, embora a diretiva não afete as regras de direito penal dos Estados-Membros, os Estados-Membros não podem restringir a liberdade de prestação de serviços através da aplicação de disposições de direito penal que regulem ou afetem especificamente o acesso a uma atividade de prestação de serviços, contornando assim as regras estabelecidas na diretiva. Em especial, quando uma disposição nacional prevê sanções, estas devem ser necessárias e proporcionais à gravidade da infração⁵⁷.

125. Foi sugerido anteriormente que o procedimento de acreditação é compatível com a Diretiva Serviços. Por conseguinte, um Estado-Membro pode lícitamente prever sanções (penais) pelo incumprimento do regime de autorização.

126. . Questão diferente é a de saber se essas sanções em si são proporcionadas. Mais uma vez, cabe em última análise ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar. No entanto, da minha parte, tenho sérias dificuldades em ver de que forma as sanções gerais previstas na lei belga punem o que equivale a uma atribuição ilegal de graus académicos (pena máxima de prisão de 3 meses e multa de 500 euros), posteriormente adaptada e moderada em virtude das circunstâncias do caso concreto, o que, de resto, parece ter ocorrido no presente processo, poderiam ser vistas como desproporcionadas.

127. Por estas razões, sugiro que a resposta à terceira pergunta seja a seguinte: a Diretiva 2006/123, não impede a aplicação de uma disposição penal como a que está em causa no processo principal, que foi aplicada para penalizar a atribuição de graus académicos por parte de instituições não acreditadas, desde que essas sanções sejam proporcionadas.

D. Primeira questão

128. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a compatibilidade da proibição, estabelecida na lei nacional, de os estabelecimentos de ensino superior não acreditados atribuírem graus académicos, com a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais.

129. Abordarei, em primeiro lugar, a questão do âmbito de aplicação desta diretiva antes de passar ao mérito da questão. A meu ver, a Diretiva PCD é aplicável no presente processo. Contudo, as suas disposições podem, de facto, ser invocadas *para justificar*, em vez de contestar, as medidas adotadas pelas autoridades nacionais.

⁵⁵ V. n.ºs 42 a 44.

⁵⁶ V., por exemplo, no contexto do Tratado, Acórdãos de 19 de janeiro de 1999, Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, n.º 17); 6 de março de 2007, Placanica e o. (C-338/04, C-359/04 e C-360/04, EU:C:2007:133, n.º 68); e de 15 de setembro de 2011, Dickinger e Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582, n.º 31).

⁵⁷ V. Acórdão de 11 de novembro de 1981, Casati (203/80, EU:C:1981:261, n.º 27).

1. Âmbito de aplicação

130. Segundo o Governo belga, a Diretiva PDC não se aplica ao ensino. A proteção da qualidade dos diplomas não é uma «prática comercial» porque a Comunidade Flamenga não é um «comerciante» na aceção da diretiva. Este último não pode ser invocado para proteger a liberdade de negócios contra interferências dos Estados-Membros, mas antes contra a própria prática comercial desleal dos arguidos.

131. O Governo norueguês e a Comissão alegam igualmente que a Diretiva PCD não se aplica ao processo em apreço, mas por outro motivo. O artigo 1.º da Diretiva PCD menciona que abrange as regras nacionais que visam principalmente proteger os interesses económicos dos consumidores. No presente processo, dado que as regras nacionais pertinentes visam, em geral, assegurar um objetivo de ordem pública, nomeadamente a proteção da qualidade do ensino superior e a manutenção do nível existente de confiança no facto de que certos graus académicos refletem uma elevada qualidade, não estão abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva PCD. O Governo norueguês sustenta, em especial, que, mesmo quando essas regras visam, como objetivo secundário, proteger os interesses económicos dos estudantes, continuam a não estar abrangidas por essa diretiva.

132. Compreendo (e partilho parcialmente) o desconforto intelectual que parece ter levado, ainda que por várias razões, o Governo belga, o Governo norueguês e a Comissão a negarem a aplicabilidade da Diretiva PCD ao presente processo. Pode parecer estranho, à primeira vista, sustentar que uma medida nacional no domínio do ensino, que pode ser vista como prosseguindo primordialmente um objetivo de ordem pública (nomeadamente a qualidade do ensino através de um processo de acreditação), seja abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva PCD.

133. No entanto, tendo em conta o vasto âmbito de aplicação da Diretiva PCD, conforme claramente indicado nas suas disposições, lido à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, é impossível chegar a uma conclusão diferente.

134. Em primeiro lugar, em resposta ao Governo belga, tal como acima referido⁵⁸, programas de estudos de ensino superior podem constituir um serviço ao abrigo do direito da União. Ora, se o ensino pode ter uma dimensão económica para efeitos da liberdade de estabelecimento ou da liberdade de prestação de serviços, seria bastante difícil concluir que isso deixa de ser o caso para fins de aplicação de um outro direito derivado da União (e além disso, em relação exatamente ao mesmo programa de estudos dentro do mesmo processo). Seria bastante inconsistente afirmar simultaneamente que a Diretiva Serviços é aplicável, enquanto a Diretiva PCD, baseada em premissas semelhantes, não é⁵⁹.

135. Em segundo lugar, segundo jurisprudência assente, a Diretiva PCD pode ser invocada pelos operadores económicos contra os Estados-Membros. O Tribunal de Justiça manteve, de facto, uma abordagem ampla quanto ao âmbito de aplicação desta diretiva. Esta última, que visa contribuir para o funcionamento correto do mercado interno⁶⁰, pode, de facto, ser invocada pelos comerciantes *contra uma regra nacional* que proíbe ou restringe certas práticas comerciais⁶¹.

58 V. n.ºs 68 a 88, *supra*.

59 V., também, por analogia, Acórdão de 17 de maio de 2018, Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen (C-147/16, EU:C:2018:320, n.ºs 56 a 58), em que o Tribunal de Justiça aplicou a Diretiva 93/13/CEE a um serviço complementar e acessório à sua atividade pedagógica, assegurado por um estabelecimento de ensino superior cujo financiamento é assegurado, no essencial, por fundos públicos, que consiste na oferta, através de um contrato, de um plano de pagamentos sem juros de montantes que são devidos por uma estudante. Diretiva do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO 1993 L 95, p. 29).

60 V. artigo 1.º da Diretiva PCD.

61 V., por exemplo, Acórdãos de 9 de novembro de 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660), e de 17 de outubro de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669).

136. Em terceiro lugar, em resposta ao argumento do Governo norueguês e da Comissão, a questão de saber qual é (alegadamente) o interesse primordial prosseguido pelo direito da União, por oposição a outros interesses secundários ou de qualquer outro interesse, não é realmente relevante para determinar se a Diretiva PCD é aplicável. Segundo jurisprudência assente, a referida diretiva é igualmente aplicável quando a norma em questão não visa apenas ou principalmente prosseguir o objetivo de proteger os consumidores, mas também prossegue outros interesses⁶². A diretiva é efetivamente aplicável enquanto o direito nacional em causa disser respeito à proteção dos consumidores, por oposição aos interesses dos concorrentes⁶³, mesmo que o seu principal objetivo não seja a proteção dos consumidores.

137. Simplificando, o que importa é que a legislação nacional regulamente, com qualquer objetivo em mente, as relações entre empresas e consumidores. Nesse contexto, é indiferente se o principal interesse prosseguido pelo legislador para a adoção dessa legislação era «público» ou «privado». O que importa é que o regulamento afete o tipo de relações entre empresas e consumidores, limitando certas práticas comerciais, tal como definidas pela diretiva.

138. Será esse o caso, por duas razões adicionais. Em primeiro lugar, os objetivos regulatórios são difíceis de definir com precisão e reformular com facilidade. A elevada qualidade do ensino é, indubitavelmente, uma questão de interesse público. No entanto, os estudantes estão igualmente interessados nessa elevada qualidade como consumidores de serviços de ensino, isto é, no âmbito dos seus interesses pessoais, como sejam os empregadores e o mercado de trabalho em geral. Todos estes interesses diferentes são igualmente plausíveis em relação à proibição de atribuir graus de mestrado sem acreditação. O que me leva à segunda razão: em última análise, caberia sempre ao próprio Estado-Membro declarar quais desses interesses potencialmente plausíveis deseja proteger (primordialmente) ao adotar o regulamento em causa, uma abordagem que não tem tido grande aceitação por parte do Tribunal de Justiça em várias outras áreas do direito da União. É, portanto, o objetivo atual e o impacto atual da regra que importa e não a intenção legislativa histórica e subjetivamente declarada⁶⁴.

139. Assim, sou de opinião que a legislação nacional em causa regula, ainda que de forma incidental, as formas pelas quais as empresas privadas que oferecem serviços educativos podem anunciar e comercializar os seus serviços a potenciais consumidores. A presente situação enquadra-se, portanto, no âmbito de aplicação da Diretiva PCD.

2. Quanto ao mérito

140. Nos termos do artigo 5.º da Diretiva PCD e à luz das definições previstas no artigo 2.º, são proibidas as práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores. Isto significa qualquer comunicação comercial, incluindo a publicidade e o *marketing*, por parte de um profissional, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores, que

62 V., por exemplo, Acórdãos de 9 de novembro de 2010, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* (C-540/08, EU:C:2010:660, n.ºs 26 a 28), e de 17 de outubro de 2013, *RLvS* (C-391/12, EU:C:2013:669, n.ºs 31 a 34), relativos, respetivamente, a disposições nacionais que visam essencialmente a manutenção do pluralismo da imprensa e a independência da imprensa.

63 V., por exemplo, Acórdão de 17 de janeiro de 2013, *Köck* (C-206/11, EU:C:2013:14, n.º 30): «Só são excluídas do âmbito de aplicação da diretiva, [...] as legislações nacionais relativas a práticas comerciais desleais que “apenas” prejudiquem os interesses económicos de concorrentes ou que digam respeito a uma transação entre profissionais».

64 Nos poucos domínios em que a intenção legislativa anterior dos Estados-Membros é de facto (declarada através da legislação) pertinente, os problemas de prova decorrentes dessa avaliação demonstram claramente por que razão a mesma pode não ser o melhor caminho a seguir. Como exemplo de um debate recente sobre a questão de saber se uma regra nacional tem «em vista especificamente» os serviços da sociedade da informação e, por conseguinte, tornar-se uma regra técnica que deve ser notificada nos termos da Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas que estabelece um procedimento para o fornecimento de informações no domínio das normas e regulamentações técnicas (JO 1998 L 204, pág. 37), conforme alterada, v. as minhas Conclusões no processo *Falbert e o.* (C-255/16, EU:C:2017:608, n.ºs 58 a 87).

distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores⁶⁵. É jurisprudência assente que as práticas abrangidas por esta diretiva devem ser de natureza comercial, ou seja, devem ser originárias de comerciantes e devem estar diretamente ligadas à promoção, venda ou fornecimento dos seus produtos aos consumidores⁶⁶.

141. No caso em apreço, parece haver um certo grau de confusão no que se refere à «prática comercial» específica que está aqui em causa. Os arguidos alegam que a sua utilização da denominação «mestrado» constitui indiscutivelmente parte da estratégia comercial das suas empresas, o que é suficiente para a classificar como prática comercial e significa que a diretiva lhes é aplicável. Além disso, são de opinião que a atribuição de mestrados por parte de uma instituição de ensino não reconhecida não está incluída na lista de práticas que o legislador nacional pode proibir especificamente. Adicionalmente, enfatizam que não estão a ser processados por violarem a proibição de práticas comerciais desleais. Por seu turno, o Governo belga considera a proteção que é conferida pela legislação flamenga ao título ou grau do curso de «master». Todos consideram que não se trata de uma «prática comercial» na aceção da diretiva porque o âmbito da legislação nacional não coincide com o da diretiva.

142. Na minha opinião, a «prática comercial» no caso em apreço é a promoção e a venda de cursos pelos arguidos (como comerciantes), como parte de sua atividade comercial, publicitando a possibilidade de obtenção de um grau de mestre ou certificado do curso após a conclusão bem-sucedida do programa de estudos. Tal prática é o objeto da proibição, estabelecida pelo Parlamento Flamengo, de as instituições não acreditadas fornecerem graus de «master».⁶⁷

143. Por conseguinte, o papel do Parlamento Flamengo é, evidentemente, o de uma autoridade pública reguladora e, certamente, não a de um comerciante na aceção da Diretiva PCD. É o regulador público (o Parlamento Flamengo) que chega ao mercado e proíbe certos tipos de práticas comerciais (oferta de cursos de mestrado sem a devida autorização) nas relações entre comerciantes (UIBS Bélgica) e consumidores (potenciais estudantes).

144. Dito isto, não vejo como a proibição desta prática comercial poderia violar, de alguma forma, as disposições da Diretiva PCD. Pelo contrário, parece estar a fazer precisamente o que a diretiva exige. A proibição é realmente concebida para proteger os estudantes (consumidores) do que equivale a uma prática comercial (desleal) de empresas face a consumidores, que distorce de maneira substancial o comportamento económico dos estudantes, induzindo-os a pensar que podem obter um grau de mestre após a conclusão bem-sucedida dos estudos organizados pelos arguidos.

145. Em vez disso, por conseguinte, é a prática comercial dos arguidos que deve ser vista como desleal nas circunstâncias do presente processo. Tal como corretamente salientado pelos Governos sueco e norueguês, essa prática pode ser considerada desleal «em quaisquer circunstâncias», em conformidade com o anexo I da diretiva.

146. É jurisprudência assente que o anexo I da Diretiva PCD estabelece uma lista *exhaustiva* de 31 práticas comerciais que, em conformidade com o artigo 5.º, n.º 5, da diretiva, são consideradas como desleais «em quaisquer circunstâncias». Estas práticas são as únicas práticas comerciais que podem ser consideradas desleais sem uma apreciação caso a caso nos termos das disposições dos artigos 5.º a 9.º da diretiva⁶⁸.

65 Sublinhando a definição especialmente ampla da noção de práticas comerciais, v., por exemplo, Acórdãos de 9 de novembro de 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660, n.º 21), e de 25 de julho de 2018, Dyson (C-632/16, EU:C:2018:599, n.º 30).

66 V., por exemplo, o Acórdão de 17 de outubro de 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, n.º 37).

67 V. por exemplo, por analogia, o Acórdão de 4 de maio de 2017, Vanderborght (C-339/15, EU:C:2017:335, n.ºs 21 a 25), no que diz respeito à legislação nacional que proíbe qualquer publicidade relacionada com a prestação de serviços de cuidados orais e dentários.

68 V., por exemplo, Acórdão de 23 de abril de 2009, VTB-VAB and Galatea (C-261/07 e C-299/07, EU:C:2009:244, n.º 56), e de 19 de setembro de 2013, CHS Tour Services (C-435/11, EU:C:2013:574, n.º 38).

147. O n.º 2 do anexo I inclui como prática comercial considerada desleal em quaisquer circunstâncias «[e]xibir uma marca de confiança (*trust mark*), uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária». O n.º 4 também inclui, entre tais práticas, o facto de «afirmar que um profissional [...] ou um produto foi aprovado, reconhecido ou autorizado por um organismo público ou privado quando tal não corresponde à verdade [...]».

148. Contrariamente às afirmações feitas pelos arguidos, uma lista exaustiva neste contexto significa uma lista fechada de situações genéricas e generalizadas, expressas num nível de abstração razoável e logicamente apropriado. Seria realmente absurdo sugerir que porque não existe um «n.º 32» na lista do anexo I, que afirme «oferta de matrícula em programas de estudos de ensino superior conducentes à atribuição de um título de mestre ainda que não tenha sido obtida a acreditação por parte das autoridades nacionais competentes», a proibição de tal prática comercial, que poderia claramente subsumir-se a outra categoria (abstratamente formulada), é incompatível com a diretiva.

149. Poder-se-ia acrescentar que, no passado, o Tribunal de Justiça também demonstrou flexibilidade (razoável e necessária) ao interpretar as categorias contidas no anexo I. Na verdade, não se trata apenas do texto, mas também do contexto mais amplo e dos objetivos da Diretiva PCD, a fim de determinar se uma prática comercial específica deve ser considerada desleal em quaisquer circunstâncias⁶⁹.

150. Assim, no presente processo, as práticas comerciais dos arguidos podem facilmente ser incluídas nos n.ºs 2 e 4 do anexo I. O grau de mestre, um grau com certas qualidades e conotações profissionais, pode indubitavelmente ser visto como *equivalente* a uma marca de qualidade. Por seu turno, o n.º 4, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, «[v]isa[...] os casos específicos em que [...] a regulamentação aplicável estabelece determinadas exigências, designadamente, quanto à *qualidade* de um profissional ou dos seus produtos e *prevê, a este respeito, um regime de aprovação, reconhecimento ou autorização*»⁷⁰ A prática comercial dos arguidos cabe facilmente em ambos os casos. Tal prática, portanto, não requer uma avaliação caso a caso e pode ser considerada desleal em quaisquer circunstâncias.

151. Por conseguinte, sugiro que a primeira questão seja respondida da seguinte forma: A Diretiva 2005/29, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma disposição nacional que impõe uma proibição geral às instituições de ensino não acreditadas de designarem como grau ou curso de mestrado os diplomas que emitem, com vista a salvaguardar a necessidade de garantir um nível elevado de ensino.

V. Conclusão

152. À luz das considerações expostas, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões colocadas pelo Hof van beroep te Antwerpen (Tribunal de Recurso de Antuérpia, Bélgica) nos seguintes termos:

- a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma disposição nacional que impõe uma proibição geral às instituições de ensino não acreditadas de designarem como «master» os diplomas que emitem, com vista a salvaguardar a necessidade de garantir um nível elevado de ensino;

⁶⁹ V., por exemplo, Acórdão de 18 de outubro de 2012, *Purely Creative e o.* (C-428/11, EU:C:2012:651).

⁷⁰ Acórdão de 17 de janeiro de 2013, *Köck* (C-206/11, EU:C:2013:14, n.º 39). O sublinhado é meu.

- a Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma disposição nacional que impõe uma proibição geral às instituições de ensino não acreditadas de designarem como «master» os diplomas que emitem, desde que o processo de acreditação preencha as condições previstas no artigo 9.º, n.º 1, da referida diretiva. Também não se opõe à aplicação de uma disposição de direito penal, como a que está em causa no processo principal, que foi instituída para punir a atribuição de graus pelas instituições não acreditadas, desde que essas sanções sejam proporcionadas.