Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PRIIT PIKAMÄE
apresentadas em 22 de janeiro de 2020[1]

Processo C-114/19 P

Comissão Europeia
contra

Danilo Di Bernardo

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Função pública — Concurso geral — Não inscrição nas listas de reserva — Condições relativas às habilitações e a uma experiência profissional de pelo menos três anos — Possibilidade de completar perante o juiz uma fundamentação insuficiente — Condições — Recurso de anulação»

I. Introdução

1. Com o seu recurso, a Comissão Europeia pede a anulação do Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 29 de novembro de 2018, no processo Di Bernardo/Comissão (T-811/16, não publicado; a seguir «acórdão recorrido», EU:T:2018:859), pelo qual aquele órgão jurisdicional anulou a decisão do júri do concurso geral mediante prestação de provas EPSO/AST-SC/03/15, de 10 de agosto de 2016, de não inscrever Danilo Di Bernardo na lista de reserva para o recrutamento de secretários/escriturários de grau SC 1, no domínio do apoio financeiro (a seguir «decisão controvertida»).

2. O presente processo oferece ao Tribunal de Justiça a oportunidade de precisar a sua jurisprudência relativa ao dever que, por força do artigo 296.º, segundo parágrafo, TFUE, incumbe à Comissão de fornecer uma fundamentação suficiente nas decisões administrativas que adota relativamente aos particulares, especialmente, no âmbito de um concurso. O Tribunal de Justiça é, igualmente, chamado a tomar posição quanto à questão de saber se o Tribunal Geral é obrigado a ter em conta os elementos complementares fornecidos pela Comissão, no decurso de um processo de recurso, para «completar» a fundamentação dessa decisão administrativa.

II. Antecedentes do litígio

3. Os factos, conforme resultam do acórdão recorrido, podem ser resumidos do modo seguinte.

4. Quanto ao mérito, o litígio diz respeito ao concurso acima referido, cujo anúncio foi publicado pelo Serviço Europeu de Seleção do Pessoal (EPSO) no *Jornal Oficial da União Europeia* de 8 de janeiro de 2015 (JO 2015, C 3A, p. 1; a seguir «anúncio de concurso»).

1 Língua original: francês.

5. O anúncio de concurso é acompanhado de três anexos, precisando, cada um, a natureza das funções, as habilitações e a experiência profissional exigidas para cada um dos três domínios do anúncio de concurso, a saber, o apoio administrativo, o apoio financeiro e o apoio de secretariado.

6. A secção II do anúncio de concurso, intitulada «Funções», indica o seguinte:

«Os secretários e escriturários (grupo de funções AST/SC) exercem funções de secretariado, gestão administrativa e outras funções equivalentes que implicam um certo nível de autonomia. As funções específicas dos domínios pretendidos são descritas nos anexos.»

7. O ponto 1 do anexo II do anúncio de concurso, intitulado «Natureza das funções», descreve a natureza das funções a exercer pelos candidatos aprovados no concurso no domínio do apoio financeiro e prevê o seguinte:

«As instituições procuram pessoal para desempenhar funções de apoio em matéria de gestão orçamental e financeira.

O posto em causa é para um agente de apoio financeiro. Estes agentes prestam apoio financeiro e administrativo nos serviços ou unidades das instituições.

As tarefas são diversas e podem incluir:

— tratamento de dossiês de execução orçamental em conformidade com as regras financeiras em vigor (acompanhamento administrativo de concursos, preparação de contratos, acompanhamento das transações correspondentes, etc.),

— contabilidade,

— verificação de faturas,

— registo e acompanhamento da validação de transações (propostas de autorização, ordens de pagamento, ordens de cobrança, dados relativos a contratos e contratantes, etc.),

— gestão dos prazos de faturação e cobrança,

— tratamento de dossiês financeiros, incluindo a correspondência, classificação e arquivo.

Estas funções exigem um bom conhecimento das ferramentas informáticas como processamento de textos, folhas de cálculo e a utilização de *software* de contabilidade.»

8. As condições de admissão no concurso são definidas na secção III do anúncio de concurso. Além das condições gerais previstas no ponto 1 da secção III do anúncio de concurso, o ponto 2 dessa mesma secção estabelece algumas condições específicas de admissão, nomeadamente, em matéria de experiência profissional, com remissões para os anexos correspondentes.

9. Quanto à condição relativa às habilitações necessárias no domínio do apoio financeiro, o ponto 2 do anexo II do anúncio de concurso exige, especialmente, «[u]m nível de ensino secundário comprovado por um diploma de fim de curso que dê acesso ao ensino superior, seguido de uma experiência profissional de pelo menos três anos essencialmente relacionada com a natureza das funções».

10. A secção VI do anúncio de concurso, intitulada «Verificação das declarações dos candidatos», nos seus primeiro e terceiro parágrafos, estabelece o seguinte:

«Após as provas de avaliação, as declarações apresentadas pelos candidatos na sua candidatura eletrónica serão verificadas relativamente aos documentos comprovativos apresentados; esta verificação será feita pelo EPSO, no que diz respeito às condições gerais, e pelo júri, para as condições específicas.

[…]

Se resultar dessa verificação que as declarações feitas pelos candidatos na sua candidatura eletrónica não são corroboradas pelos documentos comprovativos pertinentes, os candidatos em causa serão excluídos do concurso.»

11. Em 21 de janeiro de 2015, o ora recorrido, D. Di Bernardo, apresentou a sua candidatura ao concurso controvertido no domínio do apoio financeiro.

12. D. Di Bernardo participou nas provas de acesso e nas provas de avaliação previstas no anúncio de concurso e apresentou os documentos comprovativos dos seus diplomas e da sua experiência profissional, como previsto no ponto 1 da secção V do anúncio de concurso.

13. Por correio eletrónico de 14 de setembro de 2015, o EPSO informou D. Di Bernardo de que o júri do concurso pretendia obter informações mais amplas a respeito das experiências profissionais que o mesmo tinha referido nos pontos 2, 5 e 6 da sua candidatura. O júri do concurso pretendeu obter, nomeadamente, documentos emitidos pelas suas entidades patronais anteriores que descrevessem, de forma pormenorizada, as funções exercidas no âmbito dessas experiências profissionais, bem como cópias dos contratos de trabalho, indicando claramente as datas de início e de termo dos referidos contratos.

14. Por correio eletrónico de 15 de setembro de 2015, D. Di Bernardo enviou alguns documentos comprovativos adicionais respeitantes aos pontos 2, 5 e 6 da sua candidatura.

15. Por correio eletrónico de 17 de setembro de 2015, o EPSO respondeu a D. Di Bernardo que o júri do concurso lhe «ped[ia] que enviasse uma descrição pormenorizada das tarefas assinada pela entidade patronal relativamente aos pontos 2, 5 e 6».

16. Por correio eletrónico de 18 de setembro de 2015, D. Di Bernardo comunicou que não dispunha dessas descrições relativamente aos pontos 5 e 6 da sua candidatura. Precisou que a sociedade italiana que o tinha empregado tinha sido dissolvida e que não estava em condições de fornecer esses documentos. Apresentou, então, uma cópia das convenções coletivas de trabalho nacionais italianas (contratto collettivo nazionale di lavoro), que incluíam uma descrição oficial das funções associadas a diferentes contratos de trabalho, entre os quais o seu, bem como duas cartas dessa sociedade italiana e um contrato de trabalho com a referida sociedade.

17. Por outro correio eletrónico de 18 de setembro de 2015, D. Di Bernardo enviou ao EPSO a descrição pormenorizada das funções respeitante à experiência profissional indicada no ponto 2 da sua candidatura.

18. Por carta de 27 de outubro de 2015, o EPSO comunicou a D. Di Bernardo a sua decisão de não o colocar na lista dos candidatos aprovados no concurso, por aquele não preencher todos os critérios de elegibilidade previstos no anexo II do anúncio de concurso. Mais precisamente, informou-o de que a experiência profissional referida nos pontos 1 a 7 da sua candidatura não atingia uma experiência profissional de pelo menos três anos essencialmente relacionada com a natureza das funções no domínio do apoio financeiro, conforme era mencionada no ponto 2 do anexo II do anúncio de concurso.

19. Por correio eletrónico de 4 de novembro de 2015, D. Di Bernardo apresentou um pedido de reexame da decisão do júri.

20. Por correio eletrónico de 6 de abril de 2016, D. Di Bernardo contactou o EPSO para saber em que fase se encontrava o seu pedido de reexame mais de cinco meses depois da sua apresentação.

21. Por correio eletrónico de 8 de abril de 2016, o EPSO informou D. Di Bernardo de que o procedimento de reexame ainda estava em curso.

22. Por carta de 8 de julho de 2016, o EPSO deu resposta ao pedido de reexame de D. Di Bernardo.

23. Por correio eletrónico de 14 de julho de 2016, D. Di Bernardo fez notar ao EPSO que a resposta de 8 de julho de 2016 não correspondia manifestamente à sua situação de facto.

24. Por carta de 10 de agosto de 2016, o júri do concurso confirmou a D. Di Bernardo que tinha ocorrido um erro administrativo, que tinha conduzido ao envio da resposta de 8 de julho de 2016, e informou-o de que a presente carta, ou seja, a carta de 10 de agosto de 2016, era a verdadeira decisão adotada pelo júri na sequência do pedido de reexame, pela qual o júri confirmava a sua decisão inicial de não o inscrever na lista dos candidatos aprovados.

25. Pela decisão controvertida, o júri informou D. Di Bernardo de que, após reexame, confirmava a sua decisão comunicada por carta de 27 de outubro de 2015. Indicou que, antes de iniciar os seus trabalhos, tinha definido alguns critérios de seleção, com vista a avaliar se as habilitações e a experiência profissional dos candidatos correspondiam realmente às competências exigidas para as vagas a preencher. O júri precisou a D. Di Bernardo que, «após exame dos documentos comprovativos apresentados para demonstrar a [sua] experiência profissional referida nos pontos 2, 5 e 6 da [sua] candidatura, [tinha] concluído que esses documentos não confirmavam que a [sua] experiência profissional em questão [estivesse] essencialmente relacionada com a natureza das funções, como exigido no anúncio de concurso».

III. Tramitação processual no Tribunal Geral e acórdão recorrido

26. Por requerimento que deu entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 18 de novembro de 2016, D. Di Bernardo interpôs recurso pedindo a anulação da decisão controvertida, a reparação do prejuízo que sofrera, bem como a condenação da Comissão nas despesas.

27. Na sua contestação de 3 de fevereiro de 2017, a Comissão concluiu pedindo que o recurso fosse julgado improcedente e o recorrente condenado nas despesas.

28. Por Acórdão de 29 de novembro de 2018, o Tribunal Geral anulou a rejeição da candidatura de D. Di Bernardo, por fundamentação insuficiente, e julgou improcedentes os restantes pedidos constantes da petição.

29. Em apoio do recurso que interpôs contra a decisão do júri, D. Di Bernardo invocava dois fundamentos, o primeiro, relativo a erros manifestos de apreciação pelos quais estaria viciada, e o segundo, relativo a uma violação do dever de fundamentação, nomeadamente, porque os critérios de seleção definidos pelo júri com vista a avaliar se os candidatos preenchiam a condição de admissão controvertida nunca lhe tinham sido comunicados.

30. O Tribunal Geral iniciou a sua análise examinando o segundo fundamento, entendendo que a existência de uma fundamentação suficiente da decisão controvertida era uma condição prévia para o exame do primeiro fundamento.

31. No n.º 35 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral recordou que, segundo jurisprudência constante, a obrigação de fundamentar uma decisão que causa prejuízo tem por objetivo facultar ao interessado uma indicação suficiente para saber se a decisão é fundada ou se sofre de um vício que permita contestar a respetiva legalidade e permitir ao juiz da União exercer a sua fiscalização sobre a legalidade da decisão impugnada.

32. Nos n.os 37 e 38 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral recordou também que, segundo jurisprudência assente, só quando a decisão impugnada contiver pelo menos um início de fundamentação antes da interposição do recurso é que a administração pode prestar informações adicionais no decurso da instância e cumprir o seu dever de fundamentação. No caso em apreço, o Tribunal Geral considerou que a fundamentação da decisão controvertida, comunicada a D. Di Bernardo antes da interposição do recurso, nem era suficiente nem totalmente inexistente, e qualificou-a de «quase inexistente». Considerou que uma «quase inexistência» de fundamentação, à semelhança de uma inexistência total de fundamentação, não podia ser sanada pela comunicação dos fundamentos depois da interposição do recurso.

33. Nos n.os 41 a 45 do acórdão recorrido, no âmbito da sua análise do conteúdo da decisão de não colocação de um candidato na lista de reserva, conforme completada pelas observações feitas pelo júri na decisão de reexame, o Tribunal Geral salientou que o júri teria fundamentado a decisão controvertida rejeitando o pedido de reexame de D. Di Bernardo de uma forma extremamente sumária. Além da falta de especificação do conteúdo dos critérios de seleção do candidato, tal decorria do facto de o júri se ter limitado a declarar a irrelevância de apenas três dos pontos da candidatura de D. Di Bernardo, a saber, os pontos 2, 5 e 6, sem dar nenhuma indicação útil quanto ao restante da sua candidatura.

34. Em resposta ao argumento segundo o qual D. Di Bernardo só tinha de pedir ao júri explicações adicionais individuais, atendendo ao volume de trabalho deste, o Tribunal Geral recordou, nos n.os 46 e 47 do acórdão recorrido, que, tendo em conta a fase do concurso em que a decisão impugnada tinha sido adotada, não se podia validamente sustentar que o júri se encontrasse numa tal situação que só pudesse fundamentar sumariamente a decisão de rejeitar a sua candidatura.

35. Em seguida, nos n.os 49 e 50 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral analisou o conteúdo do pedido de reexame, tendo salientado, depois de recordar esse conteúdo, em primeiro lugar, que o júri não se podia abster de fornecer a D. Di Bernardo em primeira instância explicações precisas, pela simples razão de este não ter pedido expressamente explicações individuais. Segundo o Tribunal Geral, em todo o caso, e na falta de conhecimento dos critérios de seleção com base nos quais esse pedido de explicações individuais devia, em princípio, ser formulado, a simples contestação da conclusão a que o júri chegara na decisão de excluir a candidatura de D. Di Bernardo em primeira instância devia bastar para que se considerasse que esse candidato tinha pedido explicações individuais.

36. No n.º 51 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral entendeu que a decisão controvertida estava viciada em virtude de uma fundamentação insuficiente, uma vez que a mesma não tinha facultado indicações suficientes para permitir, por um lado, a D. Di Bernardo compreender os respetivos fundamentos e apreciar a sua legalidade e, por outro, ao juiz da União de exercer a fiscalização da sua legalidade. O Tribunal Geral observou que, com efeito, no momento da apresentação da petição, D. Di Bernardo desconhecia as razões pelas quais o júri tinha chegado à decisão impugnada, bem como o método por este utilizado.

37. No n.º 53 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral aplicou a jurisprudência segundo a qual a decisão impugnada deve conter pelo menos um início de fundamentação antes da interposição do recurso, tendo entendido que os fundamentos da decisão controvertida eram extremamente sumários e incompletos, o que não teria permitido a D. Di Bernardo compreender por que motivo o júri tinha concluído que não dispunha da experiência profissional necessária. Foi neste contexto que o Tribunal Geral teve em conta o facto de a Comissão ter fornecido os fundamentos da decisão controvertida, necessários para a apreciação da sua legalidade, no decurso do processo no Tribunal Geral e apenas de forma gradual. O Tribunal Geral observou que a Comissão tinha apresentado os critérios de seleção num estádio muito avançado da fase escrita do processo, a saber, no anexo da tréplica, tendo privado, assim, D. Di Bernardo da possibilidade de apresentar os seus argumentos em função desses critérios. O Tribunal Geral considerou que os critérios de seleção eram, contudo, indispensáveis para examinar se, aquando da análise da experiência profissional de D. Di Bernardo, o júri não tinha ultrapassado os limites da sua margem de apreciação.

38. O Tribunal Geral partilhou do entendimento de D. Di Bernardo, segundo o qual este não estava em condições de, sendo o caso, invocar na petição qualquer fundamento relativo à violação do anúncio de concurso pelo júri, dado que os critérios de seleção não lhe tinham sido comunicados em tempo útil. O Tribunal Geral indicou que resultava, porém, do texto do anúncio de concurso que a experiência no domínio do apoio administrativo era suscetível de, em princípio, ser tomada em consideração, pelo menos parcialmente, como experiência relevante.

39. O Tribunal Geral considerou que D. Di Bernardo tinha razão ao alegar que não podia contestar utilmente a avaliação feita pelo júri de determinados pontos da sua candidatura. Observou que, com base na carta de 27 de outubro de 2015 e na decisão controvertida, D. Di Bernardo não podia razoavelmente saber se pelo menos uma parte da sua experiência profissional tinha sido reconhecida como relevante pelo júri e, em caso afirmativo, qual, enquanto a Comissão, nos seus articulados, tinha reconhecido que D. Di Bernardo tinha 31 meses de experiência profissional relevante relativa ao apoio financeiro.

40. O Tribunal Geral concluiu acolhendo o segundo fundamento, anulando a decisão controvertida, sem que tivesse sido necessário examinar o primeiro fundamento invocado por D. Di Bernardo.

IV. Tramitação processual no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

41. O presente recurso foi apresentado pela Comissão em 8 de fevereiro de 2019 e inscrito no registo da Secretaria do Tribunal de Justiça em 14 de fevereiro de 2019. A Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

– anular o acórdão recorrido;

– remeter o processo ao Tribunal Geral;

– reservar para final a decisão quanto às despesas da primeira instância e do recurso.

42. D. Di Bernardo apresentou contestação em 24 de maio de 2019, que foi inscrita no registo da Secretaria do Tribunal de Justiça em 27 de maio de 2019, na qual pede que o Tribunal de Justiça se digne:

– negar provimento ao recurso;

– condenar a Comissão nas despesas.

43. Por Decisão de 20 de junho de 2019, o presidente do Tribunal de Justiça considerou que não era necessária a apresentação de réplica.

V. Análise jurídica

A. Observações preliminares

44. Antes de examinar os diferentes fundamentos, importa recordar que, em conformidade com os artigos 256.º, n.º 1, segundo parágrafo, TFUE e 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, o recurso de uma decisão do Tribunal Geral é limitado às questões de direito. Neste caso, essa condição está preenchida, uma vez que a Comissão censura ao Tribunal Geral, em substância, ter violado o direito da União em virtude de (B) ter imposto exigências excessivas relativamente à fundamentação de uma decisão adotada por aquela e (C) não ter respeitado o dever que incumbe ao Tribunal Geral de tomar oficiosamente em consideração os elementos complementares fornecidos pela Comissão, no âmbito de um recurso de anulação, para «completar» a fundamentação dessa decisão. Estes fundamentos serão examinados nesta mesma ordem, dado que a questão jurídica subjacente ao segundo fundamento só se põe no caso de dever ser confirmada a apreciação feita pelo Tribunal Geral, segundo a qual a decisão controvertida não cumpre as exigências do dever de fundamentação, conforme estabelecido no direito da União.

45. O presente processo caracteriza-se por apreciações muito divergentes do quadro factual, nomeadamente dos dados constantes do dossiê de candidatura de D. Di Bernardo e da sua relevância para a adoção da decisão controvertida. No entanto, importa ter em mente que, em conformidade com a repartição de competências existente entre os dois órgãos jurisdicionais da União no quadro do processo de recurso de uma decisão do Tribunal Geral, não compete ao Tribunal de Justiça pôr em causa a apreciação dos factos levada a cabo pelo Tribunal Geral [2]. Do mesmo modo, a análise não poderá alterar o objeto do litígio, mediante uma abordagem de outros aspetos que não tenham sido alegados [3], por exemplo, se os critérios previstos na grelha de avaliação elaborada pelo EPSO são adequados para a seleção dos candidatos idóneos e/ou se D. Di Bernardo preenche esses critérios tendo em consideração a sua experiência profissional. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça deverá limitar-se a examinar as questões de direito referidas no número precedente.

2 Acórdão de 22 de maio de 2008, Evonik Degussa/Comissão (C-266/06 P, não publicado, EU:C:2008:295, n.º 71).

3 Acórdão de 22 de setembro de 2016, Pensa Pharma/EUIPO (C-442/15 P, não publicado, EU:C:2016:720, n.º 53).

B. Quanto ao primeiro fundamento de recurso

1. Argumentos das partes

46. Com o seu primeiro fundamento, a Comissão invoca um erro de direito que o Tribunal Geral teria cometido, nos n.os 41 a 53 do acórdão recorrido, na definição do âmbito do dever do júri do concurso de fundamentar a recusa da inscrição de um candidato na lista de reserva. O Tribunal Geral não tinha tido suficientemente em conta o contexto jurídico e factual da decisão controvertida, quando o caráter suficiente de uma fundamentação deve ser apreciado à luz desse contexto, e não apenas do teor da decisão.

47. Em primeiro lugar, os critérios de seleção não tinham a importância que o Tribunal Geral, nos n.os 41, 45 e 50 do acórdão recorrido, lhes atribuiu à luz do dever de fundamentação, como é confirmado pelo facto de D. Di Bernardo nunca os ter procurado conhecer.

48. Em segundo lugar, de acordo com a Comissão, o facto de o júri, na sua decisão de recusa, só ter referido os documentos comprovativos das experiências profissionais de D. Di Bernardo correspondentes aos pontos 2, 5 e 6 do ato de candidatura em nada «sugere», ao contrário do que o Tribunal Geral declarou no n.º 43 do acórdão recorrido, que o júri tenha considerado relevantes as experiências profissionais que D. Di Bernardo mencionou nos outros pontos. Pelo contrário, a rejeição da candidatura de D. Di Bernardo implicava que o júri considerou que este não preenchia a condição relativa a uma experiência profissional relevante de 36 meses, após o exame da totalidade das experiências profissionais referidas nos sete pontos do seu ato de candidatura.

49. Em terceiro lugar, no n.º 48 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral tinha considerado, incorretamente, que o pedido de reexame indicava que D. Di Bernardo desconhecia as razões pelas quais a sua experiência profissional era insuficiente.

50. Em quarto lugar, nos n.os 46 e 47 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral tinha considerado, incorretamente, que a Comissão não podia invocar a jurisprudência segundo a qual, no caso de um concurso com muitos participantes, o júri está autorizado, num primeiro momento, a fundamentar a recusa de seleção de forma sumária. Com efeito, embora no presente caso se tratasse realmente de um concurso com muitos participantes, segundo o Tribunal Geral, uma fundamentação completa da decisão impugnada não teria representado uma carga exagerada para o júri, tendo em conta o estádio em que a decisão controvertida ocorreu.

51. Em quinto lugar, ao contrário do que o Tribunal Geral considerou no n.º 50 do acórdão recorrido, o júri do concurso não pode ser obrigado a divulgar os critérios de seleção documental quando não lhe foi apresentado nenhum pedido nesse sentido, sob pena de violar o segredo dos trabalhos do júri.

52. Em sexto lugar, considerar, como faz o Tribunal Geral nos n.os 49 a 51 do acórdão recorrido, que um pedido de reexame redigido sem precisão, como o que foi apresentado por D. Di Bernardo, obriga o júri a fornecer explicações pormenorizadas relativamente a cada ponto equivaleria a transferir para o júri do concurso o ónus da prova da existência da experiência profissional exigida no anúncio de concurso. Ora, o ónus dessa prova recai sobre os candidatos, como resulta do anúncio de concurso, que estabelece que «as declarações apresentadas pelos candidatos na sua candidatura eletrónica serão verificadas relativamente aos documentos comprovativos apresentados».

53. Por último, nos n.os 53 a 55 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral tinha confundido a exigência de uma fundamentação e a procedência dessa fundamentação, a qual diz respeito à legalidade da decisão quanto ao mérito. A Comissão considera um indício dessa confusão o facto de, no n.º 53 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral ter considerado que os critérios de seleção eram indispensáveis para examinar se, aquando da análise da experiência profissional, o júri não tinha «ultrapassado os limites da sua margem de apreciação».

54. Em resposta ao primeiro fundamento de recurso, D. Di Bernardo alega que o Tribunal Geral não ampliou o dever de fundamentação ao considerar que a decisão controvertida se caracterizava pela inexistência «quase total» de fundamentação.

55. Em primeiro lugar, a Comissão não tinha razão para sustentar que a decisão controvertida estava suficientemente fundamentada antes da interposição do recurso. Com efeito, a fundamentação da recusa de inscrição na lista dos candidatos aprovados, que se limitava a copiar o enunciado da condição relativa à experiência profissional, era estereotipada. A indicação adicional, que figura na resposta ao pedido de reexame, de que os documentos comprovativos fornecidos pelo candidato não permitiam confirmar a relevância das suas experiências profissionais referidas nos pontos 2, 5 e 6 do seu ato de candidatura, era igualmente insuficiente, na falta de comunicação dos critérios de seleção e de qualquer informação relativa à apreciação feita pelo júri das outras experiências profissionais constantes dos pontos 1, 3, 4 e 7 do ato de candidatura.

56. Em segundo lugar, o Tribunal Geral declarou, de forma juridicamente correta, que a comunicação dos critérios de seleção não tinha podido completar a fundamentação da decisão controvertida, uma vez que tinha sido feita em sede de tréplica, ou seja, num estádio do processo demasiado tardio para permitir que o interessado reagisse à mesma, garantindo o respeito do princípio da igualdade de armas.

57. Em terceiro lugar, o facto de D. Di Bernardo não ter solicitado que os critérios de seleção lhe fossem comunicados não tinha nenhuma influência sobre o caráter insuficiente da fundamentação. É da responsabilidade do autor do ato comunicar a fundamentação da sua decisão sem esperar que o seu destinatário lha reclame.

58. Em quarto lugar, D. Di Bernardo contesta a afirmação da Comissão segundo a qual os critérios de seleção não tinham «qualquer importância quanto ao respeito do dever de fundamentação». Dado que resulta dos fundamentos da decisão controvertida que o júri aplicou esses critérios para avaliar a relevância da experiência profissional do interessado, nada justifica que os mesmos não lhe tenham sido comunicados. Além disso, ao contrário do que a Comissão afirma, o segredo dos trabalhos do júri não se opõe à comunicação dos critérios de seleção.

59. Em quinto lugar, a extensão da fundamentação também deve ser apreciada em função do interesse que o destinatário possa ter em receber explicações. Ora, D. Di Bernardo tinha sido excluído do concurso depois de ter realizado com êxito todas as provas, o que significa que tinha a expectativa séria de que o seu nome figuraria na lista dos candidatos aprovados. Por esse motivo, tinha o direito de conhecer os fundamentos precisos da sua exclusão do concurso. Além disso, a participação de um elevado número de candidatos era apenas uma circunstância que autoriza, num primeiro momento, o júri a fundamentar as suas decisões de forma sumária. Não dispensa o júri de fornecer uma fundamentação pertinente, quando lhe é apresentado, como no caso em apreço, um pedido de reexame. Por outro lado, segundo a resposta da Comissão à medida de organização do processo adotada pelo Tribunal Geral, só sete candidatos viram indeferido o seu pedido de reexame no domínio do concurso em causa (apoio financeiro). Nesse estádio, o volume de trabalho do júri não era, de modo nenhum, comparável àquele que existia no momento do exame das candidaturas de todos os candidatos.

60. Em sexto lugar, o argumento segundo o qual o júri teria considerado pormenorizadamente todos os pontos da candidatura dizia respeito à efetividade do exame da candidatura do ora recorrido e não teria relevância sobre a questão de saber se a fundamentação da decisão impugnada era suficiente. Além disso, os elementos do processo permitem duvidar que o júri tenha realmente procedido a um exame cuidadoso da situação do ora recorrido. Por um lado, antes de mais, o júri tinha reduzido, por erro, em dez meses a duração de uma experiência profissional que tinha considerado, em parte, relacionada com a natureza das funções. Por outro, D. Di Bernardo recorda que só recebeu uma resposta ao seu pedido de reexame nove meses depois da sua apresentação. Em sétimo lugar, a argumentação que a Comissão dirige contra os n.os 54 e 55 do acórdão recorrido é inoperante, uma vez que se trata de fundamentos enunciados a título subsidiário.

2. Apreciação

61. Gostaria de observar que, ao contrário do que a Comissão alega no seu recurso, e como em seguida exporei nas presentes conclusões, o Tribunal Geral teve devidamente em conta o contexto jurídico e factual da decisão controvertida no exame que fez do recurso de anulação. Com efeito, antes de mais, o Tribunal Geral sublinhou a importância do dever de fundamentar qualquer decisão que causa prejuízo, recordando que o mesmo tem por duplo objetivo permitir, por um lado, aos interessados conhecer as razões da medida adotada, para defenderem os seus direitos, e, por outro, ao juiz da União fiscalizar a legalidade da decisão em causa [4]. O Tribunal Geral assinalou, igualmente, que o alcance do dever de fundamentação deve, em cada caso, ser apreciado não só tendo em consideração a decisão impugnada, mas também em função das circunstâncias concretas que envolveram a referida decisão [5]. Estes propósitos não podem ser postos em causa em sede de recurso de decisão do Tribunal Geral, dado que os mesmos se baseiam em jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que o Tribunal Geral seguiu. É à luz desses princípios que deve ser examinado o modo como o Tribunal Geral aplicou o direito da União.

62. Faço notar que o Tribunal Geral concentrou a sua atenção no exame da fundamentação da decisão controvertida, tomando em consideração as diversas trocas de correspondência entre o EPSO e D. Di Bernardo, mais especificamente, os pedidos dirigidos a este para que apresentasse documentos comprovativos da sua experiência profissional, tendo chegado, finalmente, à conclusão de que os fundamentos invocados pelo EPSO para rejeitar a sua candidatura eram «extremamente sumários e incompletos». Para esse efeito, o Tribunal Geral baseou-se num exame minucioso da decisão controvertida, nos n.os 41 a 44 do acórdão recorrido. Essa conclusão afigura-se-me correta, tendo em conta a inexistência de qualquer explicação por parte do EPSO quanto às razões pelas quais o júri tinha concluído que D. Di Bernardo não dispunha da experiência profissional exigida para exercer a função de secretário no domínio do apoio financeiro.

63. Atendendo às numerosas trocas de correspondência que, com toda a evidência, visavam esclarecer a questão do respeito dos critérios de seleção, era razoavelmente expectável que o EPSO forneceria indicações mais precisas para justificar a sua decisão de não inscrever o nome de D. Di Bernardo na lista dos candidatos aprovados. No entanto, o EPSO limitou-se a comunicar-lhe, por carta de 27 de outubro de 2015, que a experiência profissional referida nos pontos 1 a 7 da sua candidatura não atingia uma experiência profissional de pelo menos três anos essencialmente relacionada com a natureza das funções no domínio do apoio financeiro, como prevista no ponto 2 do anexo II do anúncio de concurso. Por carta de 10 de agosto de 2016, o EPSO confirmou a sua decisão na sequência do pedido de reexame apresentado por D. Di Bernardo, sem, contudo, dar informações mais precisas.

4 Acórdãos de 2 de outubro de 2003, Thyssen Stahl/Comissão (C-194/99 P, EU:C:2003:527, n.º 144); de 28 de junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, n.º 462); e de 28 de junho de 2018, EUIPO/Puma (C-564/16 P, EU:C:2018:509, n.º 64).

5 Acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de junho de 1984, Lux/Tribunal de Contas (69/83, EU:C:1984:225., n.º 36); de 13 de dezembro de 1989, Prelle/Comissão (C-169/88, EU:C:1989:640., n.º 9); e de 12 de novembro de 1996, Ojha/Comissão (C-294/95 P, EU:C:1996:434, n.º 18).

64. Ora, parece-me evidente que essa prática não satisfaz as exigências de fundamentação adequada, pelo facto de uma mera repetição dos critérios de seleção constantes do anúncio de concurso não permitir ao interessado conhecer a razão da decisão em causa e, sendo caso disso, defender os seus direitos [6]. Foi com razão que o Tribunal Geral o declarou no n.º 48 do acórdão recorrido ao concluir que D. Di Bernardo «desconhecia as razões pelas quais a sua experiência profissional era considerada insuficiente». Essa conclusão é confirmada através de uma leitura atenta da correspondência entre o EPSO e D. Di Bernardo. Sem conhecer os critérios de seleção mais específicos adotados pelo júri, D. Di Bernardo não estava em condições de apreciar se o júri os tinha aplicado corretamente no seu caso e, particularmente, se esses critérios não restringiam ilegalmente o âmbito do anúncio do concurso. O Tribunal Geral concluiu, assim, sem erro, que as possibilidades de defesa de D. Di Bernardo foram limitadas.

65. Nestas condições, entendo que a prática em causa também impede que o juiz da União — que só toma conhecimento dos pormenores do processo numa fase de litígio e isto unicamente com base nas informações fornecidas pelas partes — possa fiscalizar a legalidade da decisão em causa. A questão de saber se e, sendo esse o caso, em que medida uma insuficiência de fundamentação constitui um vício procedimental que pode, no entanto, ser sanado no decurso do processo contencioso é uma questão que tratarei no âmbito do exame do segundo fundamento de recurso.

66. À luz das observações precedentes, parece-me evidente que foi com razão que o Tribunal Geral atribuiu uma importância relevante aos critérios de seleção mais específicos [7], uma vez que influenciaram sensivelmente a decisão controvertida. Como resulta da carta de 10 de agosto de 2016, o EPSO parece ter indicado que o júri tinha fixado critérios de seleção não previstos no anúncio de concurso que tinha a intenção de aplicar no concurso [8]. Ora, neste contexto, deve recordar-se que, não obstante o seu poder de apreciação, o júri do concurso é obrigado a respeitar os termos do anúncio de concurso conforme publicado, o que implica que deve proceder com base em critérios objetivos e conhecidos por cada um dos candidatos [9]. Mais concretamente, o EPSO fez, tacitamente, referência a uma grelha de avaliação elaborada pelo júri antes das provas, sem, contudo, explicar os princípios que tinham servido de base à sua elaboração ou o modo como a mesma devia ser utilizada.

67. Como soubemos no decurso do processo contencioso no Tribunal Geral, em sede de tréplica, os critérios acima referidos consistiam, em substância, numa lista de profissões classificadas em três categorias, em função da sua relevância. Aparentemente, os critérios constantes da grelha de avaliação supostamente serviam de orientações para o júri, para o auxiliar no exercício do seu poder de apreciação aquando da avaliação das candidaturas. Os pedidos de informações formulados pelo EPSO, com vista a examinar a relevância da sua experiência profissional para a função de apoio financeiro, bem como a resposta constante da decisão controvertida, demonstram claramente que o júri aplicou,

6 V., nesse sentido, Acórdão de 8 de março de 1988, Sergio/Comissão (64/86, 71/86, 72/86, 73/86 e 78/86, EU:C:1988:119, n.ºs 50 e 51), do qual resulta que a administração não cumpre o seu dever de fundamentar de maneira suficiente as suas decisões no âmbito de um concurso quando «não faz mais que parafrasear os critérios previstos no aviso de concurso» e «não indic[a] os critérios mais específicos e precisos adotados pelo júri».

7 Como esclarecimento, há que precisar que o Tribunal Geral e as partes no processo utilizam o termo «critérios (de seleção)» para designar a «grelha de avaliação» fixada pelo júri, cujo funcionamento é explicado nas presentes conclusões.

8 Da Decisão de 10 de agosto de 2016 consta o seguinte texto: «[…] Antes de iniciar os seus trabalhos, *o júri definiu critérios de seleção baseando-se nas condições específicas descritas no anúncio de concurso*. *Essas condições*, bem como a descrição da natureza das funções *são definidas* tendo em conta as competências exigidas para as vagas a preencher e de acordo com o interesse do serviço. Por conseguinte, *os critérios de seleção definidos no âmbito do concurso* EPSO/AST-SC/03/15, bem como *o acento posto sobre certos elementos respeitantes à experiência profissional*, refletem essencialmente as atuais necessidades de recrutamento das instituições para as quais o concurso é organizado. […] Como foi referido na carta de 27 de outubro de 2015, que o informou dos seus resultados, o júri entende que o senhor não conseguiu provar que *preenchia todas as condições de admissão*» (o sublinhado é meu).

9 V., nesse sentido, Acórdão de 13 de outubro de 2017, Brouillard/Comissão (T-572/16, não publicado, EU:T:2017:720, n.º 35).

efetivamente, esses critérios a D. Di Bernardo, o que teve como consequência que uma parte considerável dessa experiência profissional não foi reconhecida [10]. Não dispondo do mínimo de experiência relevante, em virtude de a sua experiência profissional ser, sobretudo, no domínio do apoio administrativo, a candidatura de D. Di Bernardo não foi considerada.

68. Daí decorre que, apesar das consequências graves que implicava a aplicação dos critérios de seleção no caso de D. Di Bernardo, o EPSO não lhe permitiu tomar conhecimento dos mesmos, não lhe possibilitando, assim, fornecer, se fosse caso disso, informações especificamente relacionadas com os aspetos controvertidos. Ora, a extensão da fundamentação também deve ser apreciada em função do interesse que o destinatário do ato possa ter em receber explicações [11]. Como o Tribunal Geral muito acertadamente observou no n.º 53 do acórdão recorrido, foi só «no decurso do processo» de recurso que a Comissão apresentou, «apenas de forma gradual», os fundamentos da decisão controvertida, necessários para a apreciação da sua legalidade. Foi, pois, num estádio muito tardio que D. Di Bernardo pôde tomar posição da alegada insuficiência da sua experiência profissional. Por conseguinte, o Tribunal Geral não cometeu nenhum erro de direito ao declarar que o EPSO deveria ter comunicado os critérios de seleção em tempo útil, ou seja, no anúncio de concurso, na carta de 27 de outubro de 2015 ou, em todo o caso, na sua carta de 10 de agosto de 2016, de resposta ao pedido de reexame [12]. Essa abordagem seria tanto mais necessária quanto o pedido de reexame deve ser interpretado como um pedido destinado a obter explicações individuais, como o Tribunal Geral salientou no n.º 51 do acórdão recorrido. Deve, pois, ser rejeitada a alegação da Comissão, segundo a qual D. Di Bernardo nunca teria procurado conhecer os critérios de seleção, dado que esse argumento equivale a pôr em causa a obrigação que incumbia ao EPSO relativamente aos candidatos do concurso.

69. Há que observar que o raciocínio da Comissão revela não só uma inobservância do dever de fundamentação da sua parte mas também um erro lógico, dado que não se pode razoavelmente censurar a D. Di Bernardo não ter formulado expressamente um pedido de informação acerca de um aspeto do qual o mesmo não tinha conhecimento. Para cumprir a sua obrigação, o EPSO deveria ter explicado a D. Di Bernardo quais eram os critérios de seleção que não figuravam no anúncio de concurso e por que razão a sua experiência profissional não satisfazia as exigências das funções de secretário/escriturário de grau SC 1, no domínio do apoio financeiro.

70. Cabe rejeitar, igualmente, o argumento apresentado pela Comissão, segundo o qual o Tribunal Geral tinha considerado erradamente, nos n.os 46 e 47 do acórdão recorrido, que a Comissão não podia invocar a seu favor a jurisprudência segundo a qual, no caso de um concurso com participação numerosa, é legítimo que o júri, num primeiro momento, fundamente a recusa de seleção de forma sumária [13]. Como o Tribunal Geral acertadamente observou, o júri foi levado a adotar a sua decisão após a participação de todos os candidatos nas provas de acesso e nas outras provas, incluindo as provas de competências. Quando estas foram corrigidas, a lista dos candidatos potencialmente aprovados já tinha sido definida. Nesse estádio, a tarefa principal do júri deveria ter consistido em verificar se os candidatos também preenchiam as condições relativas à sua experiência profissional, conforme estabelecidas no anúncio de concurso. Ora, aparentemente, o EPSO adiou essa tarefa para o último dos estádios do processo de seleção, o que levanta dúvidas no que diz respeito à razoabilidade da organização do processo de seleção.

10 As informações fornecidas por D. Di Bernardo atestam que o mesmo dispunha de uma experiência profissional de 20 anos no domínio do anúncio do concurso, ao passo que o EPSO só reconheceu 31 meses. A experiência profissional exigida nos termos do anúncio de concurso era de 36 meses.

11 Acórdão de 11 de julho de 2013, Team Relocations e o./Comissão (C-444/11 P, não publicado, EU:C:2013:464, n.º 120).

12 No entanto, deve ter-se presente que a carta de 8 de julho de 2016, dirigida a D. Di Bernardo, continha uma resposta ao seu pedido de reexame que manifestamente não correspondia à sua situação factual. Portanto, em princípio, essa carta também deveria ser considerada uma oportunidade perdida de apresentar uma fundamentação adequada.

13 Acórdão de 12 de julho de 1989, Belardinelli e o./Tribunal de Justiça (225/87, EU:C:1989:309, n.º 7).

71. Desta perspetiva, considero que não pode ser feita nenhuma censura a D. Di Bernardo, uma vez que a organização de um concurso é do âmbito exclusivo da responsabilidade do EPSO. Daí decorre que o EPSO deve suportar as suas consequências, incluindo um eventual aumento do volume de trabalho. Quanto a este aspeto, como D. Di Bernardo indica, no entanto, aparentemente apenas sete pedidos de reexame apresentados por candidatos no domínio do concurso em causa teriam sido rejeitados. Logo, a tarefa de examinar as reclamações desses candidatos não era suscetível de implicar um aumento desmesurado do volume de trabalho. Daí decorre que foi corretamente que o Tribunal Geral declarou que o EPSO não podia alegar o risco de uma sobrecarga de trabalho para se desonerar do seu dever de fundamentar devidamente a sua decisão de não colocar D. Di Bernardo na lista de candidatos aprovados no concurso.

72. Também não pode ter êxito o argumento da Comissão segundo o qual o Tribunal Geral teria ignorado o respeito do segredo que envolve os trabalhos do júri, ao impor, no n.º 50 do acórdão recorrido, o dever de divulgar os critérios de seleção. Como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça [14], o segredo dos trabalhos do júri não se opõe a que os critérios objetivos de seleção — neste caso, as exigências relativas à experiência profissional — sejam comunicados aos candidatos. Por conseguinte, esse argumento deve ser rejeitado.

73. Não partilho da crítica dirigida pela Comissão aos n.os 49 a 51 do acórdão recorrido, quando alega que um pedido de reexame redigido sem precisão e que obrigava o júri a fornecer explicações pormenorizadas relativamente a cada ponto equivaleria a transferir para o júri do concurso o ónus da prova da existência da experiência profissional exigida no anúncio de concurso. Em primeiro lugar, essa crítica baseia-se na premissa errada de que, numa fase inicial do concurso, o EPSO deveria ser dispensado de qualquer dever de comunicar os critérios de seleção, o que se me afigura incompatível com a exigência de transparência estabelecida na jurisprudência [15]. Em segundo lugar, essa crítica não tem em conta o facto de D. Di Bernardo ter apresentado um pedido de reexame desconhecendo que o júri do concurso tinha elaborado critérios de seleção mais específicos que não figuravam no anúncio de concurso. O EPSO deveria ter aproveitado a ocasião para esclarecer o alcance dos referidos critérios, explicando, por exemplo, por que razão as atividades mais estreitamente relacionadas com o apoio administrativo não eram consideradas relevantes em vez de se limitar a confirmar a sua decisão inicial. Essa abordagem teria fornecido a D. Di Bernardo os esclarecimentos necessários, permitindo-lhe compreender melhor o raciocínio do júri. Essa abordagem em nada implica uma inversão do ónus da prova, mas, pelo contrário, procura garantir a efetividade do recurso em matéria administrativa.

74. No que diz respeito à alegação através da qual a Comissão censura ao Tribunal Geral ter confundido, nos n.os 53 a 55 do acórdão recorrido, a exigência de fundamentação e a procedência dessa fundamentação, cabe salientar, antes de mais, que nem sempre se revela fácil, na prática, operar uma distinção clara, sobretudo num caso como o caso em apreço, no qual o EPSO se limitou a indicar, sem nenhuma explicação precisa, que a experiência profissional de D. Di Bernardo não atingia a duração de pelo menos três anos essencialmente relacionada com a natureza das funções no domínio do apoio financeiro. Com efeito, não pode ser excluído que essa fundamentação sucinta e vaga possa ser objeto de uma análise sob essas duas perspetivas. Por um lado, a mesma poder-se-ia considerar insuficiente em extensão e amplitude de argumentos, nomeadamente, dada a importância que a decisão do EPSO assume para D. Di Bernardo enquanto candidato no concurso, o que constitui o objeto do presente litígio. Por outro lado, essa fundamentação poder-se-ia considerar impugnável, até mesmo inquinada de ilegalidade, pelo facto de se basear num método de avaliação que tem uma influência determinante sobre o resultado do concurso, uma vez que a mesma tem como efeito

14 Acórdão de 4 de julho de 1996, Parlamento/Innamorati (C-254/95 P, EU:C:1996:276, n.º 27).

15 V. jurisprudência referida nos n.os 61 e 64 das presentes conclusões.

excluir determinadas atividades profissionais por serem consideradas irrelevantes, sem que, no entanto, o EPSO tenha explicado o seu funcionamento. Com efeito, o método de avaliação, em si mesmo, não constitui o objeto do presente litígio, sendo que a razão é o facto de o mesmo só ter sido revelado num estádio tardio do processo.

75. No entanto, não me parece necessário aprofundar essas reflexões no presente contexto, uma vez que a alegação apresentada pela Comissão é, em todo o caso, inoperante, tendo em conta que contesta um fundamento a título subsidiário, e deve, em consequência, ser rejeitada [16]. Resulta claramente dos n.os 53 a 55 do acórdão recorrido que o Tribunal Geral examinou a alegação relativa à insuficiência de fundamentação e que só por uma preocupação de exaustividade formulou algumas observações acerca do conteúdo da fundamentação, sem, no entanto, tomar posição quanto à procedência da decisão. Os fundamentos aí expostos têm como único objetivo demonstrar o caráter indispensável, para a apreciação da legalidade da decisão controvertida, dos critérios de admissão controvertidos.

3. Conclusão provisória

76. De todas as considerações precedentes resulta que o Tribunal Geral não impôs exigências excessivas quanto à fundamentação de uma decisão adotada pela Comissão. Por conseguinte, o primeiro fundamento de recurso deve ser julgado improcedente.

C. Quanto ao segundo fundamento de recurso

1. Argumentos das partes

77. O segundo fundamento de recurso invocado pela Comissão é relativo a uma violação do dever do juiz de examinar oficiosamente o respeito do dever de fundamentação, cometida nos n.os 37, 38 e 53 a 56 do acórdão recorrido.

78. A Comissão faz referência a uma jurisprudência [17] segundo a qual, em caso de «fundamentação insuficiente», poderiam sempre ser fornecidas algumas precisões no decurso da instância, e estas teriam por efeito tornar inoperante um fundamento de anulação relativo a uma violação do dever de fundamentação. É por esta razão que, em primeiro lugar, a exclusão da possibilidade de completar a fundamentação também no caso da sua inexistência «quase total» resultava de uma extensão deliberada e inédita, feita pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido, de um limite, no entanto, claramente fixado na jurisprudência apenas no caso de inexistência total de fundamentação. Além disso, esse conceito, não previsto na jurisprudência, era contraditório e impossível de definir. Em segundo lugar, essa inovação jurisprudencial era inconciliável com o dever do juiz de verificar oficiosamente se a exigência de fundamentação foi respeitada.

79. Em resposta ao segundo fundamento de recurso, D. Di Bernardo invocou os argumentos seguintes.

80. Em primeiro lugar, o Tribunal Geral não tinha cometido nenhum erro de direito ao decidir que, no caso em apreço, a fundamentação fornecida antes da interposição do recurso equivalia a uma inexistência total ou «quase total» de fundamentação. Em segundo lugar, o Tribunal Geral também não cometeu nenhum erro de direito ao decidir que, para estar suficientemente fundamentada, a decisão controvertida devia, pelo menos, refletir a linha principal do raciocínio do júri. A decisão controvertida não o fazia, dado que estava baseada em critérios de admissão não conhecidos pelo

16 V., nesse sentido, Acórdão de 30 de maio de 2018, Azoulay e o./Parlamento (C-390/17 P, EU:C:2018:347, n.os 29 e 30).

17 Acórdãos de 30 de maio de 1984, Picciolo/Parlamento (111/83, EU:C:1984:200, n.º 22); de 27 de março de 1985, Kypreos/Conselho (12/84, EU:C:1985:142, n.º 8); e de 8 de março de 1988, Sergio/Comissão (64/86, 71/86, 72/86, 73/86 e 78/86, EU:C:1988:119, n.º 52).

candidato e comunicados apenas na fase da tréplica. Em terceiro lugar, D. Di Bernardo alega que a função do juiz da União não é sanar as omissões do júri e da Comissão, que se abstiveram de fundamentar a decisão controvertida antes da interposição do recurso e durante o processo contencioso. Além disso, a Comissão não identificava quais eram os elementos do processo que o Tribunal Geral não teria tido oficiosamente em conta para examinar se a decisão estava suficientemente fundamentada ou não.

2. Apreciação

a) Observações preliminares

81. Com o segundo fundamento, a Comissão censura ao Tribunal Geral, em substância, tê-la privado da possibilidade de completar a fundamentação da decisão controvertida no decurso do processo de recurso, em virtude de uma inexistência «quase total» de fundamentação inicial. No entender da Comissão, o Tribunal Geral era obrigado a tomar oficiosamente em consideração os critérios específicos juntos à tréplica, mais concretamente a grelha de avaliação que o júri tinha elaborado para avaliar a experiência profissional dos candidatos no concurso.

82. Como demonstrei no âmbito da análise que fiz do primeiro fundamento, foi corretamente que o Tribunal Geral concluiu que a fundamentação da decisão controvertida não satisfazia as exigências da jurisprudência. Para recapitular, nos n.os 37, 38 e 53 a 56 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou que, no caso da decisão controvertida, faltava mesmo um «início de fundamentação», do qual resultasse, pelo menos, a linha principal do raciocínio da administração. No n.º 53 do acórdão recorrido, qualificou essa fundamentação inicial de «extremamente sumária e incompleta». Além disso, no n.º 41 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou que o júri tinha rejeitado o pedido de reexame «de forma extremamente sumária». Com base nestas observações, o Tribunal Geral concluiu, com razão, que os direitos de D. Di Bernardo tinham sido violados, uma vez que essa circunstância o impedia de compreender as razões pelas quais a sua candidatura não tinha sido considerada e, se necessário, requerer um reexame da decisão controvertida pela administração e/ou pelo juiz da União. A apreciação feita da matéria de facto e a interpretação do âmbito do dever de fundamentação de uma decisão administrativa parecem-me juridicamente irrepreensíveis.

83. Nestas condições, a questão que se coloca no âmbito do segundo fundamento é a de saber se, contudo, o direito da União permite sanar *a posteriori* uma insuficiência de fundamentação, enquanto vício procedimental, mediante o aditamento de fundamentos no decurso da instância, e em que circunstâncias. A análise dessa questão requer (b) um breve exame da jurisprudência invocada pelo Tribunal Geral e (c) a verificação da sua conformidade com os princípios estabelecidos na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Em seguida, esses princípios serão (d) objeto de uma apreciação da minha parte antes (e) de, por último, examinar a sua justa aplicação ao caso em apreço.

b) Jurisprudência invocada pelo Tribunal Geral no acórdão recorrido a respeito da possibilidade de sanar uma insuficiência de fundamentação

84. Resulta do n.º 37 do acórdão recorrido que, por força de jurisprudência assente do Tribunal Geral, só quando a decisão impugnada contiver pelo menos um «início de fundamentação» antes da interposição do recurso é que a administração pode prestar informações adicionais no decurso da instância e cumprir o seu dever de fundamentação. Segundo essa jurisprudência, pelo menos, a linha principal do raciocínio da administração deve resultar desse «início de fundamentação». O Tribunal Geral explicou, no n.º 38 do acórdão recorrido, que uma «inexistência total ou quase total» de fundamentação a respeito das razões essenciais de recusa, formuladas relativamente a um recorrente, antes da introdução de um recurso não pode ser sanada mediante explicações fornecidas depois da interposição desse recurso.

85. Antes de mais, deve salientar-se o facto de o Tribunal Geral ter identificado no presente processo um caso especial de inexistência de fundamentação, que qualificou de «quase total». Em seguida, cabe observar que o Tribunal Geral partiu claramente da premissa de que a fundamentação constante da decisão controvertida preenchia os critérios desse caso, sem, no entanto, ter explicado as suas características. O raciocínio do Tribunal Geral, sobretudo no que diz respeito à consequência jurídica de uma inexistência «quase total» de fundamentação, a saber, a ilegalidade da decisão em causa, resultante de um vício procedimental grave, permite supor que esse caso é, pelo menos, comparável com o da inexistência «total» de fundamentação. Ora, gostaria de observar que esse caso só é referido no acórdão recorrido, não existindo outra menção na jurisprudência do Tribunal Geral, incluindo a que é referida nesse acórdão [18]. Aparentemente, o Tribunal Geral afastou-se expressamente da terminologia utilizada na sua jurisprudência com o objetivo de descrever o melhor possível o grau de precisão da fundamentação constante da decisão controvertida. Voltarei a este ponto no âmbito do exame da boa aplicação da jurisprudência.

c) Compatibilidade dos princípios estabelecidos pelo Tribunal Geral com a jurisprudência do Tribunal de Justiça

86. O problema da insuficiência de fundamentação de um ato administrativo que causa prejuízo não é desconhecido na jurisprudência do Tribunal de Justiça, já tendo este sido chamado a tomar posição quanto à questão de saber se é lícita a regularização desse vício procedimental autorizando a administração a completar a fundamentação no decurso do processo contencioso.

87. Como o Tribunal de Justiça recordou no Acórdão Neirinck/Comissão [19], a exigência de fundamentação tem por objetivo permitir ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização da legalidade das decisões que causam prejuízo e fornecer aos interessados uma indicação suficiente para que estes saibam se essas decisões estão fundamentadas ou se padecem de um vício que permita contestar a respetiva legalidade. Daí decorre que a fundamentação deve, em princípio, ser comunicada ao interessado ao mesmo tempo que a decisão que lhe causa prejuízo. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça considerou que uma falta de fundamentação não pode ser sanada pelo facto de o interessado tomar conhecimento da fundamentação da decisão no decurso do processo perante o Tribunal de Justiça [20]. Em contrapartida, no caso de fundamentação insuficiente, o Tribunal de Justiça considerou que os fundamentos apresentados no decurso do processo podem, excecionalmente, privar de objeto um fundamento relativo à violação do dever de fundamentação [21]. Portanto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça distingue dois casos diferentes, por um lado, a «inexistência» e, por outro, a «insuficiência» de fundamentação, cada uma sujeita a regras próprias. Além disso, faço notar que o Tribunal de Justiça, à semelhança do Tribunal Geral, tende a examinar em cada caso concreto se o ato administrativo em causa contém um «início de fundamentação» ou não, o que lhe permite aplicar as regras correspondentes ao caso concreto trazido ao seu conhecimento.

88. Das observações precedentes, deduzo que a jurisprudência do Tribunal Geral [22] reflete, no essencial, os princípios desenvolvidos na jurisprudência do Tribunal de Justiça quanto à exigência de fundamentar devidamente qualquer ato administrativo, para o efeito de garantir uma fiscalização judicial, sem deixar de salvaguardar os direitos do destinatário, sendo a única exceção o caso de inexistência «quase total» de fundamentação, que é necessário analisar em seguida.

18 Despacho de 8 de março de 2012, Marcuccio/Comissão (T-126/11 P, EU:T:2012:115, n.º 47).

19 Acórdão de 28 de fevereiro de 2008 (C-17/07 P, EU:C:2008:134).

20 Acórdão de 28 de fevereiro de 2008, Neirinck/Comissão (C-17/07 P, EU:C:2008:134, n.º 50). V., igualmente, Acórdãos de 26 de novembro de 1981, Michel/Parlamento (195/80, EU:C:1981:284, n.º 22); de 7 de fevereiro de 1990, Culin/Comissão (C-343/87, EU:C:1990:49, n.ºs 13 à 15); e de 23 de setembro de 2004, Hectors/Parlamento (C-150/03 P, EU:C:2004:555, n.ºs 49 e 50).

21 Acórdão de 28 de fevereiro de 2008, Neirinck/Comissão (C-17/07 P, EU:C:2008:134, n.º 51).

22 Referida nos n.ºs 61 e 84 das presentes conclusões.

d) Apreciação da jurisprudência do Tribunal de Justiça

89. Antes de me debruçar sobre a apreciação da aplicação da jurisprudência do Tribunal de Justiça feita pelo Tribunal Geral no caso em apreço, gostaria de expressar o meu apoio a essa jurisprudência, que me parece suficientemente matizada para ter em conta os diferentes interesses em jogo no âmbito de um processo contencioso administrativo, e isto atendendo à complexidade dos processos, levantando, cada um, um amplo leque de questões processuais que o juiz da União deve decidir. Nestas condições, gostaria de recordar que a exigência de fundamentação estabelecida no artigo 296.º, segundo parágrafo, TFUE e no artigo 41.º, n.º 2, alínea c), da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e que figura, igualmente, no artigo 25.º, segundo parágrafo, do Estatuto dos Funcionários da União Europeia, aplicável por analogia aos agentes sujeitos ao Regime Aplicável aos outros Agentes da União Europeia (a seguir «RAA»), constitui um princípio fundamental numa ordem jurídica que respeita o valor do Estado de Direito, como o da União Europeia, preocupada em garantir a transparência, a eficácia e a legitimidade das suas instituições [23]. Como o Tribunal de Justiça recordou em diversas ocasiões [24], a União Europeia é uma união de direito em que as suas instituições estão sujeitas à fiscalização da conformidade dos seus atos, nomeadamente, com os Tratados e com os princípios gerais de direito. Inerente ao Estado de Direito é a exigência de uma tutela jurisdicional efetiva, conforme garantida no artigo 47.º da Carta, segundo a qual os cidadãos devem gozar do direito de impugnar judicialmente a legalidade dos atos da União mediante uma ação [25]. Além disso, deve salientar-se que as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa nos Tratados tiveram como consequência uma revalorização considerável da exigência de fundamentação [26], que o Tribunal de Justiça deve ter em conta, especialmente quando é chamado a decidir sobre um processo como o presente, no qual essa exigência parece ter sido negligenciada.

90. Como escrevia o advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer nas suas conclusões no processo Hectors/Parlamento [27], «a fundamentação não é uma forma de cortesia ou um ritual mas sim um fator de racionalidade no exercício do poder que facilita o seu controlo, funcionando também como elemento preventivo da arbitrariedade e como instrumento de defesa». Já foi feita referência ao duplo objetivo dessa exigência, que consiste em permitir, por um lado, aos interessados conhecerem as razões da medida adotada, para defenderem os seus direitos, e, por outro, ao juiz da União fiscalizar a legalidade da decisão em causa [28]. Esses dois interesses são indissociáveis para garantir um recurso efetivo e não podem, por isso, ser tomados em conta independentemente um do outro na análise. Resulta da própria natureza dessa exigência que os referidos interesses serão servidos da melhor forma quando a fundamentação é comunicada ao interessado ao mesmo tempo que a decisão que lhe causa prejuízo e não no decurso do processo contencioso [29]. A fase pré-contenciosa oferece ao interessado a possibilidade de solicitar à administração que proceda a um reexame da decisão

23 V., nesse sentido, Smith, M., «Developing administrative principles in the EU: A foundational model of legitimacy?», *European Law Journal*, Vol. 18, n.º 2, março 2012, p. 282.

24 Acórdãos de 26 de junho de 2012, Polónia/Comissão (C-336/09 P, EU:C:2012:386, n.º 36); de 19 de julho de 2016, H/Conselho e Comissão (C-455/14 P, EU:C:2016:569, n.º 41); e de 28 de março de 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, n.º 72).

25 Acórdãos de 18 de dezembro de 2014, Abdida (C-562/13, EU:C:2014:2453, n.º 45); de 6 de outubro de 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, n.º 95); e de 28 de março de 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, n.º 73).

26 V. Callies, C., in Calliess, C., e Ruffert, M. (ed.), EUV/AEUV, C. H. Beck, 4.ª edição, Munique 2011, artigo 296.º TFUE, n.º 4, que salienta o facto de o artigo 296.º TFUE alargar a exigência de fundamentação a todos os atos jurídicos da União, ao contrário do anterior artigo 253.º CE, que previa ainda uma enumeração exaustiva dos referidos atos jurídicos. Segundo o autor, o artigo 296.º TFUE reflete a intenção do processo de reforma, que visava dotar a União de uma base institucional mais democrática e mais próxima dos cidadãos, em conformidade com os princípios da transparência, da eficácia e da legitimidade.

27 C-150/03 P, EU:C:2004:146, n.º 41.

28 V. n.º 61 das presentes conclusões.

29 V. Acórdão de 26 de novembro de 1981, Michel/Parlamento (195/80, EU:C:1981:284, n.º 22).

controvertida, a título gratuito e sem entraves administrativos. Uma outra vantagem reside na possibilidade de a administração verificar, ela própria, a conformidade da sua decisão com o direito da União, o que tem por efeito recordar à administração o seu dever de fundamentar devidamente a sua decisão [30].

91. Tendo em conta essas considerações, parece-me evidente que a inexistência de qualquer fundamentação constitui o mais grave dos casos, pelo facto de violar esses interesses, comprometendo, finalmente, o Estado de Direito. Nesse caso, o vício não poderia ser regularizado no decurso do processo contencioso, dado que o interessado é privado da possibilidade de tomar conhecimento das razões da decisão, de expor o seu ponto de vista e, sendo o caso, de pedir uma reapreciação. Por sua vez, o juiz da União é privado da possibilidade de se familiarizar com o processo em todos os seus aspetos, antes de se pronunciar sobre o mesmo em última instância.

92. Em contrapartida, a insuficiência de fundamentação parece-me requerer uma abordagem mais diferenciada, em função da gravidade da violação da exigência de fundamentação. Essa parece ser a abordagem do Tribunal de Justiça, uma vez que a sua jurisprudência admite que os fundamentos apresentados no decurso do processo podem, «em casos excecionais», privar de objeto um fundamento relativo à violação do dever de fundamentação. Dada a diversidade de circunstâncias imagináveis, o Tribunal de Justiça parece ter-se abstido de enumerar esses «casos excecionais» de forma exaustiva, privilegiando uma aplicação flexível e pragmática desse conceito.

93. Com efeito, teoricamente, certas considerações poderiam desempenhar um certo papel, como razões de economia processual, por exemplo, quando é evidente que não existe nenhum vício que afete o mérito da decisão, de modo que a sua anulação com o fundamento de que não se encontrava suficientemente fundamentada só podia conduzir à adoção de uma nova decisão, substancialmente idêntica à decisão anulada, mas acompanhada da fundamentação dada pela primeira vez a conhecer no Tribunal Geral. Como salienta o advogado-geral N. Fennelly nas suas Conclusões no processo Parlamento/Innamorati [31], nesse caso, o júri não tinha nenhum poder de apreciação. Por conseguinte, o recorrido não tinha interesse legítimo em pedir a anulação da decisão em causa por violação de requisitos essenciais. Segundo o advogado-geral N. Fennelly, a natureza inicialmente insuficiente da fundamentação da decisão impugnada já não podia ser considerada uma violação de um requisito essencial que, por si só, justificava a anulação dessa decisão [32]. Em contrapartida, se a fundamentação não fosse suficiente mesmo na fase do processo contencioso, a decisão impugnada deveria ser anulada por violação de requisitos essenciais [33].

94. A esse respeito, gostaria de fazer algumas observações para ilustrar o meu ponto de vista. Embora, em princípio, compreenda essas considerações de natureza prática que chegaram mesmo a ser expressas em alguns acórdãos [34], gostaria de reiterar a importância que assumem as disposições acima referidas [35] na ordem jurídica da União, o que, em meu entender, exclui que se possa equiparar a

30 Como a advogada-geral J. Kokott assinala nas suas Conclusões no processo Mellor (C-75/08, EU:C:2009:32, n.º 32), «[d]e resto, a indicação de motivos não é feita exclusivamente no interesse do cidadão, mas dá lugar a um primeiro autocontrolo da Administração e pode pacificar as relações com o cidadão. Se a fundamentação convencer, põe designadamente fim aos conflitos existentes e evita litígios supérfluos». Mais recentemente, nas suas Conclusões nos processos Eslováquia/Comissão e Roménia/Comissão (C-593/15 P, C-594/15 P e C-599/15 P, EU:C:2017:441, n.º 95), a advogada-geral J. Kokott indicou que «o dever de fundamentação previsto no artigo 296.º, n.º 2, TFUE também tem como objetivo precisamente o autocontrolo da administração e visa obrigar as instituições autoras dos atos a apreciarem cuidadosamente as condições para tomar uma medida».

31 C-254/95 P, EU:C:1996:213.

32 Conclusões do advogado-geral N. Fennelly no processo Parlamento/Innamorati (C-254/95 P, EU:C:1996:213, n.º 39).

33 Conclusões do advogado-geral N. Fennelly no processo Parlamento/Innamorati (C-254/95 P, EU:C:1996:213, n.º 40).

34 V. Acórdãos de 6 de julho de 1983, Geist/Comissão (117/81, EU:C:1983:191); de 8 de março de 1988, Sergio/Comissão (64/86, 71/86, 72/86, 73/86 e 78/86, EU:C:1988:119, n.º 53); e de 19 de janeiro de 2010, Co-Frutta/Comissão (T-355/04 e T-446/04, EU:T:2010:15, n.º 100).

35 V. n.º 89 das presentes conclusões.

insuficiência de fundamentação de um ato administrativo [36] a um mero erro formal [37]. Por sedutoras que possam parecer, as considerações acima expostas, aparentemente baseadas em razões de economia processual, implicam o risco de a administração interpretar a «possibilidade» de completar uma fundamentação insuficiente no decurso do processo relativo ao recurso de anulação nos termos do artigo 263.º TFUE como um «direito» de não comunicar, em tempo útil, informações ao interessado ou, ainda, de adiar para a fase contenciosa a tarefa de fundamentar um ato administrativo, caso seja necessário. A consequência dessa prática seria eliminar as vantagens que acima assinalei, a saber, proporcionar ao destinatário de um desses atos jurídicos a possibilidade de apresentar os seus pontos de vista junto da administração e garantir um controlo interno da legalidade dos atos jurídicos adotados por esta [38]. Acresce que não se pode excluir que essa prática tenha por consequência um aumento do número de processos pendentes nos órgãos jurisdicionais da União, o que reduziria as alegadas vantagens relacionadas com as razões de economia processual. Nestas condições, a repartição de competências entre, por um lado, a administração e, por outro, os órgãos jurisdicionais da União proíbe que o processo de recurso de anulação se torne a fase em que a administração cumpre um dos seus deveres mais fundamentais para com o cidadão. Além disso, há que ter presente que um litígio implica custos, bem como riscos consideráveis para o cidadão, razão pela qual não me parece razoável exigir-lhe que recorra aos órgãos jurisdicionais da União para obter uma fundamentação adequada de uma decisão de que seja destinatário, quando a poderia ter obtido no decurso da fase pré-contenciosa sem incorrer em despesas.

95. A possibilidade de completar uma fundamentação no decurso do processo de recurso deve, por isso, ser limitada a «casos excecionais», nos quais se verifique que, pelo menos, os fundamentos principais que deram origem à adoção da decisão administrativa foram expostos de forma clara e inequívoca [39]. Deve garantir-se, também, que o cidadão não sofra nenhuma desvantagem na defesa dos seus direitos, o que compete ao juiz verificar caso a caso. Seria certamente possível supor uma desvantagem desse tipo quando os fundamentos complementares fornecidos pela administração tenham por efeito alterar a essência do ato jurídico, obrigando, desse modo, o interessado a adaptar substancialmente a sua argumentação a fim de responder de forma adequada aos novos argumentos. Para evitar essa situação, deveriam ser impostas exigências estritas quanto à forma e ao modo pelos quais a administração apresenta ao juiz da União uma fundamentação complementar. Do mesmo modo, este último deve assegurar que o interessado se possa pronunciar sobre a fundamentação complementar, por exemplo, adiando a audiência ou permitindo-lhe apresentar um articulado. Em meu entender, nessas condições, não é possível evitar que o interessado seja apanhado de surpresa pela administração. Em função da situação processual correspondente, o juiz da União deveria decidir se deve recusar ou, excecionalmente, admitir a fundamentação complementar.

36 Calliess, C., in Calliess, C., e Ruffert, M. (ed.), EUV/AEUV, C. H. Beck, 4.ª edição, Munique 2011, artigo 297.º TFUE, n.º 34, observa algumas tendências na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral no sentido de admitir que apenas violações graves da exigência de fundamentação deveriam justificar a anulação de uma decisão administrativa. Essa abordagem parece apoiar-se no argumento segundo o qual não teria nenhum sentido anular uma decisão administrativa correta no que diz respeito à sua procedência mas que, contudo, está inquinada de um vício formal. No entanto, o autor entende que algumas considerações relacionadas com o respeito do Estado de Direito militam a favor da anulação, como regra geral, de qualquer decisão que não respeite essa exigência de fundamentação. Gellermann, M., in Streinz, R., EUV/AEUV, C. H. Beck, 2.ª edição, Munique 2012, n.º 16, é da mesma opinião, alegando que só uma fiscalização judicial associada à ameaça de anulação pode obrigar as instituições da União a terem devidamente em conta a exigência de fundamentação. Quando muito, pode ser reconhecida uma exceção no caso de o ato não ter, efetivamente, alternativa e dever ser adotado imediatamente depois da sua anulação.

37 Além disso, parece resultar do Acórdão de 3 de julho de 2008, Comissão/Irlanda (C-215/06, EU:C:2008:380, n.º 57) que o Tribunal de Justiça apenas admite a título excecional a regularização de atos que, na perspetiva do direito da União, são irregulares.

38 Nas suas Conclusões no processo LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:247, n.º 83), a advogada-geral J. Kokott assinala que «[s]e a fundamentação só for apresentada posteriormente, a pedido do interessado, limitam-se as possibilidades de autocontrolo da administração». Segundo a advogada-geral, «[e], por maioria de razão, deve ser assim quando se apresenta a fundamentação já no processo jurisdicional».

39 Para utilizar uma terminologia usada na jurisprudência do Tribunal de Justiça. V. Acórdão de 14 de fevereiro de 1990, Delacre e o./Comissão (C-350/88, EU:C:1990:71, n.º 15).

96. A abordagem que proponho é, de resto, compatível com a orientação da advogada-geral J. Kokott, conforme resulta das suas Conclusões no processo S. P. C. M. e o.[40], segundo a qual a falta de fundamentação ou a sua insuficiência manifesta não pode, em princípio, ser sanada pelo facto de o interessado tomar conhecimento dos fundamentos da decisão no decurso do processo no Tribunal de Justiça. Como afirma a advogada-geral J. Kokott, a fundamentação de uma decisão que afete interesses deve permitir ao órgão jurisdicional da União exercer o seu controlo sobre a legalidade e fornecer ao interessado as indicações necessárias para saber se a decisão é fundada e se vale a pena interpor recurso. Muito acertadamente, a advogada-geral J. Kokott indica que a fundamentação de uma decisão constitui uma condição *sine qua non* para a fiscalização jurisdicional de uma medida[41].

97. Não vejo nenhum conflito entre as posições acima descritas[42], dado que partem da premissa de que é necessário que qualquer ato que afete interesses contenha uma fundamentação que especifique todos os elementos de facto e de direito relevantes para o efeito de permitir uma fiscalização da legalidade, só admitindo a título excecional que uma insuficiência de fundamentação possa ser regularizada no decurso da fase contenciosa. A única diferença é a referência feita pelo advogado-geral N. Fennelly a uma situação específica[43] que, em meu entender, em teoria, seria suscetível de constituir um «caso excecional» na aceção da jurisprudência, sempre que, como já foi explicado[44], o cidadão não sofra nenhuma desvantagem na defesa dos seus direitos. Essa desvantagem deveria normalmente estar excluída quando a decisão administrativa em causa contém, pelo menos, um «início de fundamentação», que lhe permita compreender a linha principal do raciocínio da administração e expor o seu ponto de vista. Em meu entender, essa questão constitui o ponto de partida de um exame da boa aplicação da jurisprudência do Tribunal de Justiça no caso em apreço.

98. A título exaustivo, deve fazer-se notar que, neste contexto, o Tribunal de Justiça, no Acórdão Neirinck[45], confirmou que podem surgir «casos excecionais» em «concursos com muitos participantes», como era o caso no processo Sergio e o./Comissão[46], e em «concursos gerais», como no caso que deu origem ao processo Kypreos/Conselho[47], caracterizando-se ambas as situações por uma impossibilidade, do ponto de vista prático, de fornecer atempadamente uma fundamentação suficiente a cada um dos candidatos e justificando, por conseguinte, a título efetivamente derrogatório, que a administração forneça elementos perante o juiz da União, como atas de júris. Ora, como foi assinalado, *supra*[48], foi corretamente que o Tribunal Geral considerou nos n.os 46 e 47 do acórdão recorrido que a Comissão não podia invocar a seu favor a jurisprudência segundo a qual, no caso de um concurso com muitos participantes, é legítimo que o júri, num primeiro momento, fundamente a recusa de seleção de forma sumária. Daí decorre que nenhuma das duas situações típicas que justificam a admissão, a título excecional, de fundamentação complementar no decurso do processo contencioso é aplicável no presente caso.

40 C-558/07, EU:C:2009:142.

41 Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo S. P. C. M. e o. (C-558/07, EU:C:2009:142, n.º 61).

42 Ou seja, as posições dos advogados-gerais N. Fennelly e J. Kokott, respetivamente, no que diz respeito à problemática relativa à possibilidade de uma fundamentação inexistente ou insuficiente poder ser posteriormente sanada no decurso da fase contenciosa, acima descritas, bem como a minha, que deve ser interpretada como uma contribuição da minha parte para o desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

43 A saber, a situação de uma decisão administrativa ferida de vício que, porém, não afete o mérito da decisão. Segundo o advogado-geral N. Fennelly, essa decisão não poderia ser anulada no caso de a fundamentação ser completada durante o processo em sede de recurso.

44 V. n.º 95 das presentes conclusões.

45 Acórdão de 28 de fevereiro de 2008, Neirinck/Comissão (C-17/07 P, EU:C:2008:134, n.º 57).

46 Acórdão de 8 de março de 1988, Sergio/Comissão (64/86, 71/86, 72/86, 73/86 e 78/86, EU:C:1988:119, n.º 50).

47 Acórdão de 27 de março de 1985, Kypreos/Conselho (12/84, EU:C:1985:142, n.º 8).

48 V. n.os 70 e 71 das presentes conclusões.

e) Exame da aplicação feita pelo Tribunal Geral da jurisprudência do Tribunal de Justiça no presente caso

99. O exame do acórdão recorrido indica que o Tribunal Geral aplicou corretamente os princípios definidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, ao analisar se a decisão controvertida continha um «início de fundamentação». Como já foi explicado, a conclusão a reter dessa análise determina se se verifica uma «inexistência» ou uma «insuficiência» de fundamentação. O Tribunal Geral negou que existia esse início de fundamentação no caso em apreço, e isso pelas razões já analisadas pormenorizadamente e que me parecem irrepreensíveis do ponto de vista jurídico [49].

100. No entanto, deve colocar-se a questão de saber se, como a Comissão alega, a jurisprudência do Tribunal de Justiça se opõe a que o Tribunal Geral possa equiparar a «insuficiência» a uma «inexistência» de fundamentação, ao considerar uma inexistência «quase total» de fundamentação. Esta questão exige algumas observações da minha parte.

101. Embora a jurisprudência só reconheça formalmente dois casos, deve recordar-se que a prática administrativa e judicial conhece vários graus de precisão no que diz respeito à fundamentação de um ato jurídico. O Tribunal de Justiça, na sua jurisprudência, admite-o implicitamente, dado que aceita uma fundamentação mais ou menos pormenorizada em função do contexto, da importância para o destinatário e do conjunto de regras jurídicas que regulem a matéria em causa. Nesse contexto, parece ser indispensável interpretar o conceito de insuficiência de fundamentação de uma forma mais matizada, que inclua vários graus de precisão, que vão do caso equivalente a uma fundamentação, por assim dizer, «quase completa» à inexistência «quase total» da mesma que o Tribunal Geral encontrou no presente caso [50]. Não existindo um método exato e fiável que permita medir o grau de precisão da fundamentação de um ato jurídico, parece-me compreensível que o Tribunal Geral tenha tido de recorrer a uma comparação com o caso que corresponde mais à situação de facto, para formular as suas conclusões de forma simples e clara.

102. Em meu entender, essa abordagem está abrangida pela margem de apreciação de que o mesmo dispõe para examinar a matéria de facto do processo e, portanto, não deveria ser considerada um erro de direito. Essa abordagem não põe em causa a esquematização dos diferentes tipos de fundamentação estabelecida por via jurisprudencial, mas antes oferece referências úteis, que permitem às partes compreender o raciocínio que subjaz à decisão do Tribunal Geral de anular a decisão controvertida por a sua fundamentação não satisfazer as exigências da jurisprudência.

103. Quanto ao argumento apresentado pela Comissão, segundo o qual o Tribunal Geral não tinha respeitado o seu dever de tomar em consideração os elementos complementares fornecidos pela Comissão, no decurso do processo de recurso, para «completar» a fundamentação da decisão administrativa em causa, gostaria de observar que a Comissão não respeita, novamente, o papel do juiz da União, na medida em que, aparentemente, exige que o Tribunal Geral sane as omissões do júri e da Comissão, que se abstiveram de fundamentar a decisão impugnada antes da interposição do recurso. Embora resulte da jurisprudência que a insuficiência de fundamentação suscetível de constituir uma infração ao artigo 296.º, segundo parágrafo, TFUE consubstancia uma violação de formalidades essenciais, na aceção do artigo 263.º, segundo parágrafo, TFUE, e constitui, aliás, um fundamento que pode, ou mesmo deve, ser conhecido oficiosamente pelo tribunal da União [51], daí não decorre que este último seja obrigado a admitir uma fundamentação complementar em todas as circunstâncias.

49 V. n.os 62 a 68 e 81 das presentes conclusões.

50 V. n.º 38 em conjugação com os n.os 51 e 53 do acórdão recorrido.

51 V., nesse sentido, Acórdãos de 20 de fevereiro de 1997, Comissão/Daffix (C-166/95 P, EU:C:1997:73, n.º 24); de 10 de julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 174 e jurisprudência aí referida); e de 27 de setembro de 2012, J/Parlamento (T-160/10, EU:T:2012:503, n.º 17).

104. Nestas condições, observo que o Tribunal Geral, muito justamente, tomou em consideração a insuficiência de fundamentação da decisão controvertida, bem como da resposta ao pedido de reapreciação, tendo recusado atender aos elementos complementares fornecidos pela Comissão, em virtude da intempestividade dessa iniciativa. Com efeito, mesmo admitindo que a fundamentação devia ser qualificada simplesmente de «insuficiente» (sem outra qualificação especial), não há dúvidas de que a apresentação, no âmbito da fase escrita do processo no Tribunal Geral, de critérios mais específicos que tenham tido uma tal incidência sobre a candidatura de D. Di Bernardo [52] tinha tornado muito difícil uma defesa, uma vez que tinha privado D. Di Bernardo da possibilidade de reagir aos mesmos de forma adequada [53]. Como o Tribunal Geral, com razão, salientou, este desconhecia as razões pelas quais a sua experiência profissional tinha sido considerada insuficiente [54]. Além disso, aparentemente D. Di Bernardo, em princípio, só dispunha da audiência para apresentar as suas alegações contra a fundamentação da qual só tomou conhecimento depois da apresentação da tréplica.

105. Ora, essas circunstâncias dificilmente satisfazem o princípio do respeito dos direitos de defesa, princípio fundamental do direito da União que proíbe fundar uma decisão judicial em factos e documentos de que as próprias partes, ou uma delas, não puderam tomar conhecimento e sobre os quais, portanto, não estavam em condições de tomar posição [55]. O princípio da igualdade de armas, que é um corolário do próprio conceito de processo equitativo e que tem por objetivo assegurar o equilíbrio entre as partes no processo, garantindo que qualquer documento apresentado ao Tribunal Geral possa ser avaliado e contestado por qualquer parte no processo, implica a obrigação de oferecer a cada parte uma possibilidade razoável de apresentar a sua causa, incluindo as suas provas, em condições que não a coloquem numa situação de clara desvantagem por comparação com a do seu adversário [56].

106. Por conseguinte, tendo em conta a situação acima descrita e em conformidade com as considerações expostas no âmbito da análise que fiz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente, nos n.os 93 a 95 das presentes conclusões, penso que não se verificam as condições que permitem admitir, a título excecional, uma fundamentação complementar no decurso de um processo de recurso.

107. Com efeito, o respeito do princípio do Estado de Direito exigia que o EPSO fornecesse uma fundamentação adequada na própria decisão controvertida e apresentasse na sua resposta ao pedido de reexame indicações mais precisas sobre os critérios complementares elaborados pelo júri. Ao não cumprir devidamente os seus deveres, tendo, em seu lugar, transferido para a fase contenciosa a execução dessa tarefa, a administração pôs em causa o objetivo de garantir um controlo interno. Esse controlo interno ter-lhe-ia permitido avaliar a situação e confirmar se a fundamentação satisfazia as exigências impostas pelo direito da União. Além disso, sendo grave o vício que inquina a decisão controvertida, resultante de uma fundamentação muito insuficiente, ou mesmo inexistente, relativamente a um aspeto que, contudo, reveste uma especial importância para D. Di Bernardo, esse vício não era suscetível de ser sanado na última fase do processo relativo ao recurso de anulação mediante fundamentação complementar, sem comprometer os direitos de defesa. Portanto, deve concluir-se que não pode ser censurado ao Tribunal Geral ter intervindo para salvaguardar os direitos de D. Di Bernardo e recordar à administração o respeito das formalidades essenciais nos termos do artigo 263.º, segundo parágrafo, TFUE.

52 V. n.os 66 e 68 das presentes conclusões.

53 V. n.º 64 das presentes conclusões.

54 V. n.º 63 das presentes conclusões.

55 V. Acórdão de 12 de novembro de 2014, Guardian Industries e Guardian Europe/Comissão (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, n.º 30) e Despacho de 12 de julho de 2016, Pérez Gutiérrez/Comissão (C-604/15 P, não publicado, EU:C:2016:545, n.º 33).

56 V. Acórdão de 12 de novembro de 2014, Guardian Industries e Guardian Europe/Comissão (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, n.º 31) e Despacho de 12 de julho de 2016, Pérez Gutiérrez/Comissão (C-604/15 P, não publicado, EU:C:2016:545, n.º 34).

108. Pelos motivos acima expostos, entendo que o Tribunal Geral não cometeu nenhum erro de direito ao não atender aos elementos complementares fornecidos pela Comissão, no decurso do processo contencioso, para «completar» uma fundamentação insuficiente.

3. Conclusão provisória

109. À luz das considerações precedentes, deve julgar-se improcedente o segundo fundamento de recurso.

VI. Conclusão

110. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça:

– negue provimento ao recurso e

– decida que a Comissão suporte as suas despesas.