# CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MICHAEL B. ELMER

apresentadas em 15 de Julho de 1997 *

## Introdução

1. No presente recurso, o Conselho da União Europeia pediu a anulação do acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (a seguir «Tribunal de Primeira Instância») em 26 de Junho de 1996, no processo T-91/95, Lieve de Nil e Christiane Impens/Conselho [1] (a seguir «acórdão»), em que o Tribunal de Primeira Instância anulou as decisões do Conselho que indeferiram os seus pedidos de indemnização pelos danos materiais e morais sofridos pelo facto de o Conselho não ter tomado medidas suficientes para dar execução ao acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Fevereiro de 1993 (a seguir «acórdão Raiola-Denti») [2]. Lieve de Nil e Christiane Impens pediram que fosse negado provimento ao recurso.

## Matéria de facto

2. No acórdão, o Tribunal de Primeira Instância fixou do seguinte modo as circunstâncias factuais da causa:

«1. Em 26 de Outubro de 1990, o Conselho publicou, através da comunicação ao pessoal n.° 100/90, o aviso de concurso interno B/228, destinado a preencher quinze lugares de assistentes adjuntos de grau B 5, permitindo que funcionários do grau C 1 obtivessem "a revalorização" do seu lugar ascendendo a esse grau... O aviso esclarecia que, devido à natureza do concurso em causa, não seria elaborada lista de reserva, uma vez que o número dos admitidos não deveria exceder os quinze lugares a revalorizar em 1990 da categoria C à categoria B.

2. [Lieve de Nil e Christiane Impens], na época funcionárias do Conselho, de grau C 1, foram admitidas às provas do concurso por comunicação individual de 4 de Dezembro de 1990. Não tendo sido incluídas pelo júri na lista de aprovados no concurso, em 13 de Abril de 1991, em conjunto com outras sete interessadas, interpuseram recurso de anulação das decisões do júri... [No acórdão Raiola-Denti]... o Tribunal de Primeira Instância entendeu que as provas não decorreram em conformidade com o aviso de concurso B/228, dado que o júri violou esse aviso e esvaziou de conteúdo a prova linguística prevista. O Tribunal de Primeira Instância anulou, consequentemente, "as operações subsequentes às decisões de admissão dos candidatos às provas do concurso interno B/228 [...]".

3. Na sequência do [acórdão Raiola-Denti], transitado em julgado, o Conselho decidiu,

* Língua original: dinamarquês.

1 — ColectFP, p. II-959.

2 — Raiola-Denti e o./Conselho (T-22/91, Colect., p. II-69).

por um lado, manter as decisões de reclassificação dos quinze candidatos aprovados no concurso B/228, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1991, e, por outro, publicar, em 1 de Setembro de 1993, um aviso de concurso interno B/228 A destinado ao preenchimento de seis lugares de assistentes adjuntos do grau B 5 pela via de revalorização de lugares do grau C 1. A natureza e modalidades das cotações das provas do concurso B/228 A são idênticas às do concurso B/228. Nos termos do aviso do concurso B/228 A, podiam ser admitidos às provas os candidatos que já tinham sido, pela comunicação individual de 4 de Dezembro de 1990, admitidos às provas do concurso B/228. Aos funcionários interessados era pedido que confirmassem por escrito até 15 de Outubro de 1993 a sua participação no concurso B/228 A...

4. [Lieve de Nil e Christiane Impens] confirmaram no prazo fixado a sua participação no concurso B/228 A e, após a realização das provas, foram inscritas na lista de candidatos aprovados. Obtiveram a reclassificação dos respectivos lugares no grau B 5, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1994.

5. Todavia, [Lieve de Nil e Christiane Impens] consideraram que, apesar da reclassificação, o Conselho, de facto, não reparou o prejuízo causado pela recusa do júri do concurso B/228 de as inscrever na lista dos candidatos aprovados nesse concurso, uma vez que essa recusa as privara de uma reclassificação a partir de 1 de Janeiro de 1991.

6. Em consequência, em 9 de Fevereiro de 1994, [Lieve de Nil e Christiane Impens] apresentaram um pedido de indemnização dos danos que sofreram devido à decisão irregular do júri do concurso B/228. Convidaram a autoridade investida do poder de nomeação (a seguir "AIPN") a "declarar que os erros sucessivos cometidos pelo júri do concurso B/228 lhes causaram danos morais e materiais" e pediram o pagamento de um montante global de 500 000 BFR para cada uma, como indemnização conjunta dos danos morais e materiais...

7. Este pedido foi objecto de indeferimento tácito... e, seguidamente, de uma decisão expressa de indeferimento notificada a [Lieve de Nil e Christiane Impens] por nota de 15 de Junho de 1994 do director do Pessoal e da Administração.

8. Em 6 de Setembro de 1994, [Lieve de Nil e Christiane Impens] apresentaram uma reclamação contra a decisão de indeferimento...

9. Em 4 de Janeiro de 1995, a AIPN tomou uma decisão expressa de indeferimento da reclamação.»

**Tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância**

3. Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 29 de Março de 1995, Lieve de Nil e Christiane Impens interpuseram no Tribunal de Primeira Instância um recurso de anulação da decisão do Conselho.

4. No acórdão, o Tribunal de Primeira Instância decidiu o seguinte:

«34. ... para dar cumprimento ao dever imposto pelo artigo 176.° do Tratado, cabe à instituição de que emana um acto anulado pelo órgão jurisdicional comunitário determinar as medidas necessárias para dar execução ao acórdão de anulação, exercendo o seu poder de apreciação tanto no respeito pela parte dispositiva e fundamentos do acórdão como das disposições do direito comunitário...

35. Estando obrigada a respeitar o direito comunitário para dar execução a um acórdão, a instituição em causa deve garantir o respeito dos princípios da igualdade de tratamento dos funcionários e do direito à carreira, aplicáveis em matéria de função pública europeia...

36. No caso em apreço, o Conselho estava obrigado a respeitar estes dois princípios quando determinou a natureza e o conteúdo das medidas adoptadas para executar [o acórdão Raiola-Denti]...

...

38. Ao recusar-se a reclassificar [Lieve de Nil e Christiane Impens] com efeitos retroactivos a 1 de Janeiro de 1991, tal como os candidatos aprovados no concurso B/228, o Conselho fez com que perdessem uma oportunidade de ser promovidas... mais cedo ao grau B 4, e depois mais cedo ao grau B 3, vendo assim as suas carreiras evoluírem em condições idênticas às dos candidatos aprovados no concurso B/228. Efectivamente, como salientam [Lieve de Nil e Christiane Impens], sem serem desmentidos pelo Conselho, onze dos quinze candidatos aprovados no concurso B/228, reclassificados em 1991, já tinham sido promovidos ao grau B 3 em 1 de Janeiro de 1996, sendo três deles, em 1996, susceptíveis de promoção ao grau B 2, enquanto os outros quatro candidatos aprovados já tinham sido na mesma data promovidos ao grau B 4, tendo três deles a possibilidade de ser promovidos ao grau B 3 em 1996. Ora, em resposta a uma pergunta escrita do Tribunal de Primeira Instância, o Conselho admitiu que se [Lieve de Nil e Christiane Impens] tivessem sido reclassificadas no grau B 5 em Janeiro de 1991, poderiam eventualmente ter sido promovidas ao grau B 4 em Julho de 1991, e ao grau B 3 em 1 de Julho de 1993, data em que a sua remuneração líquida ultrapassaria a remuneração então por elas efectivamente recebida.

39. [Lieve de Nil e Christiane Impens] sofreram uma distorção entre as perspectivas de evolução das suas carreiras e as dos candidatos aprovados no concurso B/228... Desde a organização do concurso B/228 A... o Conselho poderia ter previsto que a reclassificação dos candidatos aprovados produzisse efeitos na mesma data da reclassificação dos candidatos aprovados no concurso B/228. Não tendo antecipadamente previsto essa solução, o Conselho, a quem foram apresentados pedidos de [Lieve de Nil e Christiane Impens] nesse sentido, deveria ter revogado as decisões de reclassificação em 1 de Janeiro de 1994, e proceder, com a preocupação da igualdade de tratamento, à reconstituição da carreira das interessadas...

41. Por um lado, a retroactividade solicitada não diz respeito ao hipotético êxito de [Lieve de Nil e Christiane Impens] no concurso B/228 e consequente inclusão na correspondente lista de candidatos aprovados, e sim aos efeitos a atribuir ao seu efectivo sucesso no concurso B/228 A...

42. Por outro lado, os dois concursos não eram distintos. Efectivamente, [o acórdão Raiola-Denti] só anulou as operações posteriores às decisões de admissão de [Lieve de Nil e Christiane Impens] ao concurso B/228. Daí resulta que este concurso estava ainda aberto e as candidaturas admitidas... se mantinham pendentes na AIPN... Por conseguinte, ao organizar o concurso B/228 A, o Conselho, na realidade, apenas procedeu à reabertura das operações do concurso B/228 relativamente aos únicos candidatos que não constam da lista de candidatos aprovados elaborada na sequência das provas anteriores... Consequentemente, os candidatos aprovados nas provas organizadas com base nos avisos B/228 e B/228 A devem ser considerados aprovados num único e mesmo concurso. O Conselho estava assim obrigado a garantir aos candidatos aprovados nas provas efectuadas com base no aviso B/228 A o mesmo tratamento que aos candidatos aprovados nas provas efectuadas com base no aviso B/228, atribuindo idênticos efeitos à reclassificação dos primeiros e à dos segundos.

...

44. Daí resulta que a recusa do Conselho de adoptar as medidas concretas que lhe teriam permitido colocar [Lieve de Nil e Christiane Impens] em pé de igualdade com os seus colegas foi adoptada em violação do artigo 176.° do Tratado.

45. Por conseguinte, o Conselho deve reparar os prejuízos efectivamente sofridos em consequência dessa violação.

...

47. ... [Lieve de Nil e Christiane Impens] demonstram a existência do direito à reparação do prejuízo que resulta do facto de não terem sido reclassificadas na categoria B ao

mesmo tempo que os candidatos aprovados no concurso B/228, uma vez que, mesmo que não tivessem tido direito à promoção após a reclassificação, perderam em qualquer caso uma oportunidade de verem a sua carreira evoluir no futuro de modo comparável à dos candidatos aprovados no concurso B/228...

48. [Lieve de Nil e Christiane Impens] sustentam terem ainda sofrido um dano moral que avaliam simbolicamente em 1 ecu.

...

50. O Tribunal de Primeira Instância considera que o dano moral efectivamente sofrido por [Lieve de Nil e Christiane Impens] consiste no estado de incerteza prolongada em que se encontraram no que respeita à evolução da sua carreira... As circunstâncias específicas do presente processo caracterizaram-se por irregularidades importantes no decurso das provas organizadas com base no aviso B/228, por uma séria ofensa ao direito de [Lieve de Nil e Christiane Impens] ao normal decurso dessas provas e pelo facto de que a recusa do Conselho de as colocar em pé de igualdade com os seus colegas... ocorreu numa data em que já tinham sido aprovadas nas provas organizadas com base no aviso B/228 A.

51. O Tribunal de Primeira Instância entende que se avaliarão correctamente, *ex aequo et bono*, em 500 000 BFR conjuntamente os prejuízos material e moral sofridos por [Lieve de Nil e Christiane Impens]. Por conseguinte, há que condenar o Conselho no pagamento deste montante a [Lieve de Nil e Christiane Impens].»

**Tomada de posição**

5. Em apoio do seu pedido de anulação do acórdão, o Conselho deduziu seis fundamentos diferentes.

*Primeiro fundamento do Conselho*

6. No âmbito do primeiro fundamento, o Conselho considera que o Tribunal de Primeira Instância o censura por não ter tomado medidas suficientes para dar execução ao acórdão Raiola-Denti, atendendo a que, no exercício do seu amplo poder de apreciação, decidira organizar novo concurso e reclassificar os candidatos com efeitos a 1 de Janeiro de 1994. No entender do Conselho, com esta atitude o Tribunal de Primeira Instância equivocou-se sobre o alcance do artigo 176.° do Tratado CE, tal como foi

decidido nos acórdãos Detti/Tribunal de Justiça [3], Comissão/Albani e o. [4] e Parlamento/Meskens [5]. Além disso, o Conselho considera que o Tribunal de Primeira Instância entra em contradição quando declara, por um lado, que não compete ao Tribunal de Primeira Instância determinar as medidas necessárias para execução de um acórdão e, por outro lado, enumera as medidas que o Conselho teria podido tomar. Deste modo, retira-se todo o efeito útil à jurisprudência que consagra a liberdade de apreciação da instituição para a escolha das medidas.

7. Em oposição, Lieve de Nil e Christiane Impens alegam que no acórdão o Tribunal de Primeira Instância não violou o artigo 176.° do Tratado e a jurisprudência referida, uma vez que dela decorre que a instituição competente está obrigada a ressarcir integralmente os prejuízos sofridos e o Tribunal de Primeira Instância tem o direito de verificar *a posteriori* se, no âmbito do seu poder de apreciação, a instituição escolheu medidas suficientemente eficazes para a execução do acórdão.

8. O primeiro parágrafo do artigo 176.° do Tratado tem a seguinte redacção:

«A instituição ou as instituições de que emane o acto anulado, ou cuja abstenção tenha sido declarada contrária ao presente Tratado, devem tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça.»

9. Decorre da jurisprudência assente do Tribunal de Primeira Instância e do Tribunal de Justiça [6]:

«O artigo 176.° do Tratado prevê uma repartição de competências entre a autoridade judicial e a autoridade administrativa, nos termos da qual cabe à instituição de onde emana o acto anulado determinar as medidas necessárias para dar execução a um acórdão de anulação...

Ao exercer este poder de apreciação, a autoridade administrativa deve respeitar não só as disposições do direito comunitário como também a parte decisória e os fundamentos do acórdão a que deve dar execução...»

10. Por outro lado, o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão Parlamento/Meskens, já referido [7]:

«... para além do dever que a administração tem de adoptar as medidas adequadas à

3 — Acórdão de 14 de Julho de 1983 (144/82, Recueil, p. 2421).

4 — Acórdão de 6 de Julho de 1993 (C-242/90 P, Colect., p. I-3839).

5 — Acórdão de 9 de Agosto de 1994 (C-412/92 P, Colect., p. I-3757).

6 — V., por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Outubro de 1992, Meskens/Parlamento (T-84/91, Colect., p. II-2335).

7 — Acórdão referido na nota 5, n.os 24, 25 e 26.

execução do acórdão do Tribunal de Justiça, o artigo 176.° do Tratado CE impõe o de reparar o prejuízo adicional que eventualmente resulte do acto ilegal anulado... O artigo 176.° do Tratado não faz depender a reparação do prejuízo da existência de nova falta distinta do acto ilegal inicial que foi anulado, mas prevê a reparação do prejuízo resultante desse acto que persista após a sua anulação, e a execução pela administração do acórdão de anulação.

No caso concreto, o Tribunal de Primeira Instância tinha dado como provada... a falta do Parlamento que consistira na recusa de admitir M. Meskens a participar no concurso n.° B/164. Faltava, assim, verificar se o prejuízo causado por esse acto subsistia após a respectiva anulação.

Foi o que o Tribunal de Primeira Instância fez no acórdão impugnado. Efectivamente, entendeu que o dano moral causado pelo acto ilegal em questão subsistia, devido ao facto de o Parlamento nada ter feito para eliminar as suas consequências.»

11. À luz destas considerações, partilho o entendimento do Conselho de que as instituições, quando o Tribunal de Primeira Instância tenha proferido um acórdão de anulação, dispõem de um poder de apreciação para decidir as medidas que devem ser tomadas para dar execução a esse acórdão. Todavia, o Tribunal de Primeira Instância, por ocasião de um processo posterior, pode verificar se a instituição, no âmbito desse poder de apreciação, escolheu medidas suficientemente eficazes para dar execução ao acórdão em causa. Tal fiscalização não tem o efeito de tornar ilusório o poder de apreciação das instituições. Sem prejuízo da escolha de medidas suficientemente eficazes para dar execução ao acórdão, as instituições podem livremente determinar as medidas que consideram mais adequadas no caso concreto.

12. O facto de o Tribunal de Primeira Instância indicar no n.° 39 do acórdão as medidas que o Conselho teria podido tomar para dar execução ao acórdão de modo satisfatório não afecta em nada o poder de apreciação de que as instituições dispõem originariamente, dado que o Tribunal de Primeira Instância indica apenas a título de exemplo as medidas que a instituição poderia ter tomado.

13. Quanto à escolha das medidas para dar execução a um acórdão, no acórdão Detti/ /Tribunal de Justiça, que tratava de irregularidades no âmbito de um concurso geral organizado para a constituição de uma reserva de recrutamento, o Tribunal de Justiça decidiu que:

«... os direitos da recorrente [serão] adequadamente protegidos se o júri e a AIPN reconsiderarem as suas decisões e procurarem uma solução equitativa para o seu caso... sem que haja necessidade de pôr em causa

todo o resultado do concurso ou anular as nomeações já efectuadas na sequência deste... [8]».

No acórdão Comissão/Albani e o., o Tribunal de Justiça, depois de citar o excerto referido, acrescentou que:

«Esta jurisprudência baseia-se na necessidade de conciliar os interesses dos candidatos prejudicados por uma irregularidade cometida num concurso e os interesses dos outros candidatos. Com efeito, o juiz deve tomar em consideração não apenas a necessidade de restabelecer nos seus direitos os candidatos lesados, mas também a confiança legítima dos candidatos já seleccionados» [9].

14. Resulta do exposto, em primeiro lugar, que a instituição está obrigada para com os candidatos a um concurso a ressarcir os danos que eventualmente tenham sofrido devido ao acto irregular. Para isso, há que procurar uma solução que tenha também em consideração os outros candidatos. Todavia, o acórdão não afecta os candidatos do concurso B/228, por estar completamente excluído que o Tribunal de Primeira Instância exija ao Conselho que reformule o resultado de todo o concurso e anule as reclassificações efectuadas na sequência dele. O Tribunal de Primeira Instância no seu acórdão decide simplesmente que Lieve de Nil e Christiane Impens deveriam ter tido os mesmos direitos que aqueles. Em meu entender, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância não tem o efeito de inverter a jurisprudência relativa ao alcance do artigo 176.° do Tratado.

15. Por conseguinte, o primeiro fundamento do Conselho deve ser rejeitado.

*Segundo fundamento do Conselho*

16. No segundo fundamento, o Conselho alega que, no n.° 42 do acórdão, o Tribunal de Primeira Instância supôs erradamente que os concursos B/228 e B/228 A são um concurso global e não dois concursos distintos.

A este respeito, o Conselho sustenta que não haveria protecção da confiança legítima das quinze pessoas que ficaram aprovadas no concurso B/228 se se considerasse, como fez o Tribunal de Primeira Instância, que o concurso B/228 permanecera aberto durante cerca de dois anos. Além disso, resulta do artigo 30.° do Estatuto que a autoridade investida do poder de nomeação designa um júri para cada concurso, o que o Conselho fez precisamente no caso em apreço.

8 — Acórdão referido na nota 3, n.° 33.

9 — Acórdão referido na nota 4, n.° 14.

17. Lieve de Nil e Christiane Impens alegam que a questão de saber se os concursos B/228 e B/228 A constituem em conjunto um único concurso ou dois concursos distintos é uma questão de facto que, por força do artigo 51.° do Estatuto do Tribunal de Justiça, não pode ser objecto de recurso.

18. Resulta do primeiro parágrafo do artigo 51.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça que:

«O recurso para o Tribunal de Justiça é limitado às questões de direito e pode ter por fundamento a incompetência do Tribunal de Primeira Instância, irregularidades processuais perante este Tribunal que prejudiquem os interesses do recorrente, bem como violação do direito comunitário pelo Tribunal de Primeira Instância.»

19. No n.° 42 do acórdão, o Tribunal de Primeira Instância declarou que os concursos B/228 e B/228 A não eram dois concursos distintos, constituindo, pelo contrário, um único concurso. Com o segundo fundamento, o Conselho pede, efectivamente, ao Tribunal de Justiça que reaprecie novamente um facto, uma vez que alega efectivamente que se tratava de dois concursos distintos. Todavia, resulta do artigo 51.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça que o recurso para o Tribunal de Justiça é limitado às questões de direito. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça não pode decidir sobre uma questão de facto no âmbito de um recurso desta natureza e, pelo contrário, deve considerar esse facto provado, na acepção do acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância [10].

20. Pelo exposto, em meu entender o segundo fundamento do Conselho não pode ser objecto de uma apreciação de mérito.

*Terceiro fundamento do Conselho*

21. Pelo terceiro fundamento, o Conselho alega que reclassificar na mesma data os candidatos aprovados no concurso B/228 A e os aprovados no concurso B/228 é contrário ao princípio da igualdade de tratamento, uma vez que estes foram aprovados num novo concurso com novas questões, avaliadas por outras pessoas.

Além disso, as seis reclassificações efectuadas na sequência do concurso B/228 A foram autorizadas, para cinco lugares, no orçamento de 1991, e, para um lugar, no orçamento de 1993. Assim, só era possível reclassificar cinco das seis pessoas que ficaram aprovadas no concurso B/228 A com efeitos

10 — V., por exemplo, despacho de 20 de Março de 1991, Turner/Comissão (C-115/90 P, Colect., p. I-1423); acórdão de 2 de Abril de 1992, Pitrone/Comissão (C-378/90 P, Colect., p. I-2375), e despacho de 26 de Setembro de 1994, X/Comissão (C-26/94 P, Colect., p. I-4379).

a partir de 1 de Janeiro de 1991, o que também seria contrário ao princípio da igualdade de tratamento.

22. Lieve de Nil e Christiane Impens alegaram a este respeito que o concurso B/228 fora anulado devido a irregularidades. O ressarcimento completo do dano sofrido impõe que sejam colocadas numa situação idêntica àquela em que estariam se não tivessem existido irregularidades.

23. A primeira parte do terceiro fundamento suscitado pelo Conselho assenta, de novo, na hipótese de os concursos B/228 e B/228 A serem dois concursos distintos. Como se referiu acima, o Tribunal de Primeira Instância declarou de forma definitiva, todavia, que se tratava de um único concurso. Consequentemente, não é contrário ao princípio da igualdade de tratamento tratar de igual modo os candidatos aprovados no concurso B/228 A e os aprovados no concurso B/228. Em contrapartida, à luz da conclusão do Tribunal de Primeira Instância, segundo a qual se tratava de um mesmo e único concurso, não tratar do mesmo modo estes dois grupos seria contrário ao princípio da igualdade de tratamento.

24. A segunda parte do fundamento remete para o facto de, por razões orçamentais, só ter sido possível reclassificar, com efeitos a 1 de Janeiro de 1991, cinco das seis pessoas aprovadas no concurso B/228 A, o que também seria contrário ao princípio da igualdade.

25. Como se referiu, resulta da jurisprudência que as instituições devem ressarcir integralmente o dano eventualmente sofrido pelos seus funcionários devido a um acto irregular. A este respeito, os problemas orçamentais não dispensam desta obrigação as instituições. Por isso, o Conselho deveria, no caso presente, ter procurado encontrar uma possibilidade orçamental de reclassificar as seis pessoas aprovadas no concurso B/228 A com efeitos a 1 de Janeiro de 1991 ou deveria ter indemnizado o interessado ou interessados que não puderam ser reclassificados nesta data.

26. Por conseguinte, em meu entender o terceiro fundamento do Conselho deve ser rejeitado.

*Quarto fundamento do Conselho*

27. Com o quarto fundamento, o Conselho alega que, ao exigir que Lieve de Nil e Christiane Impens fossem reclassificadas com efeitos a 1 de Janeiro de 1991, o Tribunal de Primeira Instância violou a norma do n.° 2 do artigo 45.° do Estatuto, nos termos da qual a passagem de um funcionário de um quadro ou de uma categoria para outro quadro ou categoria superior só pode ter lugar mediante concurso, uma vez que não tinham sido aprovadas no concurso B/228.

28. A este respeito, Lieve de Nil e Christiane Impens alegam que o fundamento se baseia, de novo, no argumento de que os concursos B/228 e B/228 A são dois concursos distin-

tos. Como se referiu no âmbito do segundo fundamento, esta questão não pode ser objecto de um recurso como o presente.

29. Resulta do n.° 2 do artigo 45.° que a passagem de um funcionário de um quadro ou de uma categoria para outro quadro ou categoria superior só pode ter lugar mediante concurso. Como se referiu acima, o Tribunal de Justiça decidiu que os candidatos aprovados no concurso B/228 e no concurso B/228 A devem ser considerados aprovados num mesmo e único concurso. Esta apreciação de matéria de facto não pode ser objecto de recurso. Portanto, o n.° 2 do artigo 45.° do Estatuto não foi violado, uma vez que a exigida reclassificação de Lieve de Nil e Christiane Impens com efeitos a 1 de Janeiro de 1991 resulta precisamente de terem sido aprovadas no concurso B/228-B/228 A.

30. Por conseguinte, o quarto fundamento do Conselho deve ser rejeitado.

*Quinto fundamento do Conselho*

31. Com o quinto fundamento, o Conselho alega que, ao considerar a situação de facto tal como se verificava na data do acórdão, em vez de apreciar a situação na data da interposição do recurso, o Tribunal de Justiça cometeu um erro de direito no n.° 8 do acórdão.

O Conselho refere o facto de Lieve de Nil e Christiane Impens terem indicado na petição o número de pessoas promovidas em Dezembro de 1994, das quinze que tinham sido aprovadas no concurso B/228 e reclassificadas em 1 de Janeiro de 1991. Pelo contrário, o acórdão assenta em informações transmitidas durante o processo, relativas à situação existente em Janeiro de 1996. Porém, resulta do n.° 2 do artigo 48.° do Regulamento de Processo que é proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo.

32. Lieve de Nil e Christiane Impens sustentaram, pelo contrário, que o Conselho não suscitara qualquer objecção contra estas informações no decurso da instância no Tribunal de Primeira Instância. Trata-se, assim, de um novo fundamento, que não pode ser alegado pela primeira vez na fase de recurso da decisão do Tribunal de Primeira Instância. A título subsidiário, consideram que as informações relativas à situação, em 1 de Janeiro de 1996, das quinze pessoas aprovadas no concurso B/228 constituem um elemento destinado a permitir ao Tribunal de Primeira Instância apreciar a dimensão do dano sofrido. Estas informações não podem ser consideradas fundamentos novos.

33. Nos termos do n.° 2 do artigo 48.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, é proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo. Se uma parte pudesse deduzir pela primeira vez no Tribunal de Justiça um fundamento novo que não tivesse anteriormente sido invocado no Tribunal de Primeira Instância, isso equivaleria a conceder a faculdade de apresentar ao Tribunal de Justiça um litígio com alcance mais amplo que o submetido ao Tribunal de Primeira Instância. Na fase do recurso, o Tribunal de Justiça só tem competência para decidir sobre a decisão judicial proferida relativamente aos fundamentos apreciados na primeira instância [11].

34. O Conselho admitiu não ter suscitado objecções às referidas informações no decurso da instância no Tribunal de Primeira Instância. Constitui, assim, um novo fundamento, que não pode ser deduzido pela primeira vez na fase do presente recurso, o fundamento do Conselho de que, ao considerar a situação de facto tal como se verificava na data do acórdão em vez de apreciar a situação existente na data da interposição do recurso, o Tribunal de Primeira Instância cometera um erro de direito.

35. Por esta razão, o mérito do quinto fundamento do Conselho não pode ser apreciado.

11 — V., designadamente, o acórdão de 1 de Junho de 1994, Comissão/Brazzelli Lualdi e o. (C-136/92 P, Colect., p. I-1981).

*Sexto fundamento do Conselho*

36. Com o sexto fundamento, o Conselho alega, antes de mais, que a efectivação da responsabilidade de uma instituição depende, nos termos da jurisprudência, da verificação de três condições, ou seja, a ilegalidade do comportamento censurado às instituições, a realidade do dano e a existência de um nexo de causalidade entre o comportamento e o dano sofrido. A primeira condição, relativa à ilegalidade do comportamento censurado à instituição, não se verifica, uma vez que, ao tomar as decisões em causa, destinadas a dar execução ao acórdão Raiola-Denti, o Conselho não actuou ilegalmente. Além disso, o Conselho alega que o montante de 500 000 BFR, atribuído pelo Tribunal de Primeira Instância a cada parte como ressarcimento do dano material e moral, é manifestamente desproporcionado, em comparação com os montantes anteriormente atribuídos pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância. O Conselho desenvolveu, a este respeito, a questão dos montantes anteriormente concedidos a funcionários ou a candidatos a concursos.

37. No que respeita à primeira parte do fundamento, Lieve de Nil e Christiane Impens sustentam que a questão de saber se estão preenchidas as condições da efectivação do dever de indemnizar constitui uma apreciação objectiva dos factos por parte do Tribunal de Primeira Instância e não pode ser objecto de recurso. No que se refere à dimensão da reparação concedida, Lieve de Nil e Christiane Impens sustentam que o Tribunal de Justiça não é competente, no âmbito de um recurso desta natureza, para apreciar a concordância entre a reparação concedida pelo Tribunal de Primeira Instância aos interessados e o dano sofrido.

38. No que se refere à primeira parte do fundamento, relativamente à questão da apreciação dos factos, o Tribunal de Justiça decidiu [12]:

«Assim, o Tribunal de Primeira Instância tem competência para a apreciação da matéria de facto... Só aquele Tribunal, também, se pode pronunciar sobre aqueles factos... Em contrapartida, tendo o Tribunal de Primeira Instância conhecido de ou apreciado determinados factos, o Tribunal de Justiça é competente para exercer o controlo que lhe é imposto pelo artigo 168.°-A do Tratado CEE, a partir do momento em que tenha havido qualificação jurídica e conclusões em matéria de direito dos mesmos factos. É o que acontece, no presente caso, com a conclusão do Tribunal de Primeira Instância de que a lentidão do processo preparatório constitui um comportamento faltoso...».

39. No n.° 44 do acórdão, o Tribunal de Primeira Instância concluiu, depois de ter apurado os factos da causa, que a recusa do Conselho de adoptar as medidas concretas que lhe teriam permitido colocar Lieve de Nil e Christiane Impens em pé de igualdade com os seus colegas constitui uma violação do artigo 176.° do Tratado, isto é, um erro. O Tribunal de Justiça é competente, com base nos factos apurados pelo Tribunal de Primeira Instância, para fiscalizar as consequências jurídicas extraídas pelo Tribunal de Primeira Instância. Por conseguinte, esta parte do sexto fundamento deve ser apreciada quanto ao mérito.

40. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, a primeira condição para efectivar a responsabilidade, ou seja, a ilegalidade do comportamento censurado à instituição, está preenchida, uma vez que o Tribunal de Primeira Instância declarou que, ao não reclassificar Lieve de Nil e Christiane Impens com efeitos a 1 de Janeiro de 1991, o Conselho actuara ilegalmente. Ao extrair esta conclusão jurídica, o Tribunal de Primeira Instância em meu entender não incorreu em qualquer erro, uma vez que resulta dos autos [13] que, devido ao comportamento do Conselho, Lieve de Nil e Christiane Impens foram discriminadas em relação aos funcionários que participaram no concurso B/228 e foram aprovados.

41. Esta parte do sexto fundamento suscitado pelo Conselho deve ser rejeitada.

42. A segunda parte do sexto fundamento refere-se à medida do montante que o Conselho foi condenado a pagar como ressarcimento dos danos materiais e morais, uma vez que o Conselho alega existir violação do princípio da proporcionalidade.

43. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça [14] que

«... só ao Tribunal de Primeira Instância compete apreciar, nos limites do pedido, o modo e medida de reparação dos danos.»

44. Daqui resulta que o Tribunal de Justiça é incompetente, no âmbito de um recurso de

12 — V., designadamente, o acórdão Comissão/Brazzelli Lualdi e o., referido na nota 11.

13 — V. n.° 39 do acórdão.

14 — V., designadamente, o acórdão Comissão/Brazzelli Lualdi e o., referido na nota 11, n.° 81.

decisão do Tribunal de Primeira Instância, para substituir pela sua apreciação a apreciação da medida do dano efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância. A determinação da medida de um prejuízo prende-se, assim, com a apreciação dos factos e o Tribunal de Justiça não pode decidir sobre este ponto por ocasião de um recurso desta natureza. Todavia, também resulta da jurisprudência referida que a reparação deve situar-se nos limites do pedido e que compete ao Tribunal de Primeira Instância apreciar o modo e a medida da reparação dos danos. Em meu entender, o Tribunal de Justiça deve ser competente para verificar se o Tribunal de Primeira Instância condenou na reparação do prejuízo nos limites do pedido e se o acórdão do Tribunal de Primeira Instância revela, de modo suficientemente claro, os elementos que serviram de base de cálculo do montante da indemnização.

45. A este respeito, o Tribunal de Justiça decidiu num acórdão de 20 de Fevereiro de 1997 [15] que

«... uma falta ou uma insuficiência de fundamentação, que entravem esse controlo jurisdicional, constituem fundamentos de ordem pública que podem, e devem mesmo, ser suscitados oficiosamente pelo juiz comunitário...».

46. No caso presente, o Tribunal de Primeira Instância decidiu no acórdão que Lieve de Nil e Christiane Impens sofreram simultaneamente um prejuízo material e um prejuízo moral, devido ao comportamento ilegal do Conselho. Todavia, o Tribunal de Primeira Instância não fez a distinção, aquando da fixação do montante da indemnização, entre a reparação do prejuízo material e a reparação do prejuízo moral, uma vez que a título de reparação apenas indicou um montante global.

47. O acórdão não contém outra avaliação, expressa numericamente, dos prejuízos efectivamente sofridos por Lieve de Nil e Christiane Impens e que, por força do n.° 45, o Conselho está obrigado a indemnizar. Depois de descrever, no n.° 48, o pedido de reparação do prejuízo moral no montante de 1 ecu e de ter fundamentado, no n.° 50, a existência de um prejuízo moral sofrido por Lieve de Nil e Christiane Impens, o Tribunal de Primeira Instância avalia globalmente, no n.° 51, em 500 000 BFR o ressarcimento para cada uma. À guisa de fundamento, refere, de forma completamente lacónica, que «se avaliarão correctamente, *ex aequo et bono*, em 500 000 BFR conjuntamente os prejuízos material e moral».

48. Em meu entender, esta fundamentação é absolutamente insuficiente. A inexistência, no acórdão, de indicações relativamente às modalidades concretas de cálculo do montante de indemnização do prejuízo material não permite verificar como o Tribunal de Primeira Instância chegou a este montante e se exerceu o seu poder de apreciação à luz de informações de natureza económica disponíveis, relativas ao prejuízo sofrido por não terem sido promovidas no momento em causa, ou se se trata de um montante que não corresponde ao cálculo de um prejuízo sofrido, mas fixado, em vez deste, como uma espécie de «punitive damages» (indemnização-sanção) e contendo a reparação do prejuízo moral para além do montante pedido (1 ecu). A fundamentação insuficiente tem, além disso, como outra

15 — Comissão/Daffix (C-166/95 P, Colect., p. I-983, n.° 24).

consequência, que o Tribunal de Justiça não pode apreciar o fundamento suscitado pelo Conselho de que o reconhecimento do montante de 500 000 BFR originou uma ruptura do princípio da proporcionalidade.

49. O Tribunal de Primeira Instância, no seu acórdão, deveria em meu entender ter distinguido com maior clareza entre um montante destinado a reparar o prejuízo material e um montante destinado a reparar o prejuízo moral, antes de apreciar e avaliar cada um destes prejuízos separadamente. No que se refere ao prejuízo material, o Tribunal de Primeira Instância não deveria ter-se limitado a referir que Lieve de Nil e Christiane Impens «perderam uma oportunidade de verem a sua carreira evoluir no futuro de modo comparável à dos candidatos aprovados no concurso B/228...» [16], mas deveria ter indicado de que modo concreto tinha calculado o montante da indemnização a partir das informações que especificavam os prejuízos sofridos pelas interessadas por não terem sido reclassificadas com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1991 e pelo facto de não terem sido promovidas ao mesmo ritmo dos candidatos que tinham sido aprovados desde o início no concurso B/228, comparativamente com o benefício resultante do presente pagamento.

50. Por conseguinte, é forçoso concluir, em meu entender, que, à luz do exposto anteriormente, o acórdão não está suficientemente fundamentado quanto à fixação da indemnização. Por conseguinte, em conformidade com o n.° 1 do artigo 54.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, há que anular neste ponto o acórdão impugnado e remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância para nova decisão. Há, igualmente, que reservar para final a decisão quanto às despesas.

## Conclusão

51. Pelos fundamentos expostos, proponho ao Tribunal de Justiça que decida:

«1) O acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância em 26 de Junho de 1996 no processo T-91/95, Lieve de Nil e Christiane Impens/Conselho, é anulado na parte em que condena o Conselho da União Europeia a pagar a Lieve de Nil e Christiane Impens 500 000 BFR a cada uma.

2) Remete-se o processo ao Tribunal de Primeira Instância para que decida novamente a questão da determinação dos prejuízos material e moral, respectivamente, bem como a questão da fixação do montante da indemnização.

3) Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.»

16 — V. n.° 47 do acórdão.