CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 14 de Julho de 1998 *

1. O Parlamento Europeu interpõe recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1997 [1], que anulou a sua decisão de 22 de Maio de 1995 e a decisão confirmativa desta de 9 de Agosto de 1995, pelas quais considerou irregular a ausência de um dia de G. Gaspari, funcionária daquela instituição, e descontou um dia ao seu período de férias anuais.

Factos na origem do litígio

2. Os factos dados como provados no acórdão da primeira instância são, resumidamente, os seguintes:

— Em 3 de Maio de 1995, G. Gaspari enviou aos serviços administrativos do Parlamento Europeu um atestado médico que a declarava incapaz para o trabalho no período de quarta-feira, 3 de Maio, a sexta-feira, 5 de Maio de 1995, inclusive.

— Na quinta-feira, 4 de Maio de 1995, o médico responsável pelos controlos do Parlamento dirigiu-se à residência de G. Gaspari para um exame de controlo e informou-a de que a considerava apta a retomar as suas funções no dia seguinte, sexta-feira, 5 de Maio de 1995.

— G. Gaspari só retomou o serviço na segunda-feira, 8 de Maio de 1995. No mesmo dia, enviou à Direcção do Pessoal uma nota a queixar-se do comportamento do médico responsável pelos controlos para consigo.

— Em 22 de Maio de 1995, a Divisão do Pessoal informou G. Gaspari de que a sua ausência fora considerada irregular e de que o dia de ausência seria descontado nas suas férias anuais, nos termos do artigo 60.° do Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias (a seguir «Estatuto»). Em 9 de Agosto de 1995, confirmou esta decisão.

— Em 21 de Agosto de 1995, G. Gaspari apresentou uma reclamação (com data de 11 de Agosto) da decisão de 22 de Maio de 1995, alegando que se tinha limitado a seguir as indicações do seu médico assistente, que as observações do médico

* Língua original: espanhol.

1 — Gaspari/Parlamento (T-36/96, ColectFP, p. II-595).

responsável pelos controlos eram destituídas de fundamento e que este tinha utilizado métodos «facciosos».

— Em 13 de Dezembro de 1995, o Parlamento indeferiu a referida reclamação.

Fundamentos do acórdão da primeira instância

3. Dos três fundamentos de anulação invocados por G. Gaspari no recurso que interpôs da decisão administrativa (falta de fundamentação, violação do artigo 59.° do Estatuto e erro manifesto de apreciação), o Tribunal de Primeira Instância só analisou o primeiro fundamento, por considerá-lo suficiente para julgar procedente o recurso.

4. Após ter afirmado que o acto impugnado não é, com propriedade, o relatório do médico responsável pelos controlos, mas sim a decisão administrativa que considerou irregular a ausência, o Tribunal de Primeira Instância salientou que o relatório do médico responsável pelos controlos constituía efectivamente o único e exclusivo fundamento desta decisão.

5. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, a consequência lógica desta premissa é que, para poder conhecer os fundamentos da decisão e apreciar o seu correcto fundamento, o funcionário em causa, caso o tenha solicitado, deve «poder tomar conhecimento do relatório do médico responsável pelos controlos».

6. Não tendo o relatório sido comunicado nem ao funcionário nem ao seu médico assistente, a fundamentação da decisão limitou-se, no caso em apreço, a uma simples referência ao parecer do médico responsável pelos controlos, o qual entendeu que a interessada devia retomar o serviço na sexta-feira, 5 de Maio. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, esta fundamentação é «puramente formal e, por conseguinte, foi insuficiente para permitir à recorrente apreciar o seu correcto fundamento».

7. O Tribunal de Primeira Instância acrescenta, além disso, que os direitos da defesa da recorrente foram violados: não lhe tendo sido comunicadas as conclusões da visita médica, G. Gaspari não pôde dar a conhecer o seu ponto de vista sobre elas nem as pôde contestar com alguma hipótese de êxito. Ora, os direitos da defesa impõem que o interessado possa dar a conhecer o seu ponto de vista quanto à totalidade do relatório do médico responsável pelos controlos.

Fundamentos do presente recurso

8. O Parlamento invoca no presente recurso os seguintes quatro [2] fundamentos:

a) O Tribunal de Primeira Instância devia ter julgado inadmissível o recurso interposto por G. Gaspari com fundamento no artigo 179.° do Tratado CE, por não terem sido invocados na reclamação administrativa prévia os fundamentos suscitados no recurso.

b) O Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro ao considerar que o acto impugnado estava destituído de fundamentação ou que esta era insuficiente. Ao funcionário interessado é que incumbe provar que o parecer do médico responsável pelos controlos era infundado. Caso contrário, o sistema previsto no artigo 59.°, n.° 1, do Estatuto perderia o seu sentido.

c) O Tribunal de Primeira Instância, ao analisar a pretensa violação dos direitos da defesa, fundamento que a funcionária recorrente só deduziu na réplica, violou o artigo 48.°, n.° 2, do Regulamento de Processo.

d) Em todo o caso, não se verificou nenhuma violação dos direitos da defesa, pelo que o Tribunal de Primeira Instância ao anular, com base neste fundamento, as decisões administrativas impugnadas cometeu um erro de direito.

Quanto ao primeiro fundamento

9. Em primeiro lugar, o Parlamento alega que o Tribunal de Primeira Instância devia ter julgado inadmissível o recurso de G. Gaspari, uma vez que os fundamentos em que se apoiava eram distintos dos apresentados na reclamação administrativa prévia.

10. Esta alegação, neste momento processual, não deixa de ser surpreendente, tendo presente que não foi avançada na contestação apresentada na primeira instância. Se o Parlamento considerava que o recurso interposto na primeira instância não era admissível, o que era lógico é que tivesse deduzido a oportuna alegação no momento processual idóneo, e precisamente perante o órgão jurisdicional que dele devia decidir. Basta ler a contestação do Parlamento para verificar,

2 — Efectivamente, as alegações de recurso só referem três fundamentos, ou seja, a inadmissibilidade do recurso interposto em primeira instância, a obrigação de fundamentação e a introdução oficiosa de um novo fundamento pelo Tribunal de Primeira Instância. Todavia, ao desenvolver este último fundamento, o Parlamento utiliza uma dupla argumentação, adjectiva e substantiva, que considero necessário tratar em separado. Podia referir a primeira parte e a segunda parte do *terceiro fundamento, mas preferi falar de dois fundamentos* autónomos por uma questão de clareza.

pelo contrário, que polemiza quanto à fundamentação das decisões e ao alegado erro de apreciação, mas que não apresenta nenhum argumento relativo à inadmissibilidade do pedido de G. Gaspari. A contestação concluía pedindo que o recurso não fosse acolhido por razões de mérito e não, de forma alguma, devido à sua inadmissibilidade.

11. Além disso, nada impede que um recorrente alegue no Tribunal de Primeira Instância argumentos jurídicos que não tenham sido invocados na reclamação administrativa prévia. A concordância entre a reclamação e o recurso, referida algumas vezes pelo Tribunal de Justiça, [3] impõe que as conclusões do reclamante sejam as mesmas em ambas as fases e que a causa de pedir tenha sido definida logo na fase da reclamação, para salvaguardar a natureza desta. Mas esta exigência não pode ser interpretada em termos tão rígidos que impossibilitem ao recorrente apresentar no Tribunal de Primeira Instância novos argumentos (ou provas) diferentes dos já invocados na reclamação. Não teria muito sentido a intervenção obrigatória de um advogado nos recursos interpostos pelos funcionários no Tribunal de Primeira Instância caso apenas tivesse por finalidade repetir os argumentos por si expostos, sem intervenção de advogado, nas suas reclamações administrativas.

12. No caso em apreço, o pedido (a declaração de nulidade das decisões), a causa de pedir (o comportamento pretensamente irregular da instituição recorrida) e, inclusivamente, alguns dos argumentos jurídicos invocados coincidem tanto na reclamação como no recurso. O facto de o recurso incluir argumentos suplementares, ou apresentar sob uma forma jurídica os anteriormente invocados não pode, em meu entender, determinar a sua inadmissibilidade.

13. Finalmente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça admite que o exame de fundamentos de ordem pública correspondentes a vícios que afectem o acto impugnado (entre os quais, a falta de fundamentação e a violação dos direitos da defesa) pode ocorrer em qualquer fase do processo, não podendo o recorrente ser impedido de os invocar pelo simples facto de não os ter invocado na reclamação [4].

Quanto ao segundo fundamento

14. O problema que suscita o segundo fundamento prende-se com a exigência de fundamentação das decisões impugnadas. Como já afirmei, estas só referiam o parecer do médico responsável pelos controlos sem transcreverem, porém, o seu conteúdo.

15. Ao analisar este fundamento, deve-se partir de uma questão de princípio: deverá uma instituição comunitária incluir nos fundamentos das decisões, como as do caso em apreço, o texto do relatório redigido pelo médico responsável pelos controlos na sequência da visita efectuada à residência do

3 — V. as referências desta jurisprudência no n.º 9 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Março de 1990, Alexandrakis/Comissão (T-57/89, Colect., p. II-143).

4 — Acórdão de 20 de Fevereiro de 1997, Comissão/Daffix (C-166/95 P, Colect., p. I-983, n.os 24 e 25).

funcionário? A não ser assim, pode-se considerar que careciam da fundamentação exigível a tais actos administrativos?

16. Em meu entender, a decisão que considera injustificada a ausência de um funcionário deve, sem qualquer dúvida, expor as razões que levam a instituição comunitária interessada a adoptar esse acto. Quando se trata de ausências posteriores a uma visita médica de controlo e está provado — e o interessado confirma-o — que durante a visita o médico ordenou pessoalmente ao funcionário que retomasse o trabalho, sem que este tenha obedecido, a decisão que expõe estes factos e invoca a aplicabilidade dos artigos 59.° e 60.° do Estatuto está suficientemente fundamentada.

17. Não considero necessário que tais decisões incluam também o texto integral do relatório apresentado à instituição comunitária em causa pelo médico responsável pelos controlos nem os juízos de valor clínicos nele contidos ou que, eventualmente, podiam ser obtidos desse médico.

18. Até pode suceder que o segredo médico não permita que o médico responsável pelos controlos comunique à instituição comunitária interessada as suas apreciações técnicas relativas ao paciente [5]. Nestes casos, basta que o seu parecer contenha uma apreciação final sobre a pertinência ou não do regresso do funcionário ao serviço. É precisamente esta conclusão final (e não os seus antecedentes clínicos) que constitui, por sua vez, a fundamentação do acto administrativo. Na verdade, e para se manter a necessária simetria com a situação contrária, também não se exige que o médico assistente formule, no atestado médico que determina a baixa do funcionário, as suas apreciações técnicas pormenorizadas sobre o seu estado de saúde.

19. Mesmo se o segredo médico não tivesse tal alcance e o médico responsável pelos controlos pudesse comunicar à instituição comunitária em causa o conjunto das suas observações, nem por isso era esta obrigada a incluí-las na decisão que considera injustificada a ausência do funcionário, bastando a referência ao parecer do médico. Esta fundamentação sucinta, com os matizes que a seguir refiro, pode ser válida, no sentido de ser suficiente para justificar o acto administrativo, sem prejuízo de posteriormente, e em caso de divergência, dever ser desenvolvida.

20. Creio que este último ponto constitui a chave do litígio. A instituição comunitária de que depende o funcionário pode não incluir na sua decisão inicial o conteúdo do relatório do médico responsável pelos controlos, mas não pode recusar-se a requerer esse relatório e a comunicá-lo ao funcionário interessado [6],

5 — Segundo o artigo 86.° das normas deontológicas da Ordem dos Médicos do Luxemburgo, que foram juntas como anexo III ao presente recurso, o médico responsável pelos controlos está obrigado a guardar segredo profissional para com a administração ou o organismo para que trabalhe, ao qual só pode e só deve apresentar as suas conclusões no plano administrativo, sem referir as razões médicas em que se fundamentam.

6 — Ao referir o dever da instituição comunitária, considerada em si mesma, não abordo a questão de saber que serviço interno deve comunicar o relatório ao funcionário. Sobre esta questão (em meu entender, totalmente acessória) versou parte da argumentação do Parlamento Europeu na audiência no Tribunal de Justiça.

quando este legitimamente o solicite, quer para conhecer os seus termos quer para impugnar o acto administrativo por ela adoptado com base no parecer médico.

21. Todavia, este aspecto da questão não diz respeito ao dever de fundamentação do acto administrativo, mas sim a uma fase posterior da sua existência, ou seja, à sua eventual impugnação administrativa ou judicial. Tendo em conta a natureza eminentemente técnica das apreciações do médico responsável pelos controlos, o seu relatório constitui um meio de prova que pode, eventualmente, ser confrontado com outros meios de prova semelhantes ou submetido a peritagem contraditória no decurso da instância de fiscalização e controlo do acto administrativo.

22. Parece-me indispensável insistir neste ponto. Para fundamentar o acto que considerou irregular a ausência da funcionária em causa, bastava à instituição comunitária referir os factos provados (a visita do médico, a ordem expressa transmitida à interessada de retomar o serviço, o comportamento posterior desta), bem como as disposições do Estatuto aplicáveis a essa conduta e nas quais se baseou a decisão. A discordância de G. Gaspari com esta decisão, baseada na sua apreciação negativa das conclusões do médico, exige que possa, no âmbito da reclamação administrativa (e *a fortiori* no âmbito da fiscalização judicial), tomar conhecimento, se o solicitar, do relatório médico que lhe diz respeito. Trata-se, porém, de dois momentos diferentes, que não devem ser confundidos.

23. O indeferimento deste pedido pela instituição comunitária não violará o dever de fundamentação, mas sim, eventualmente, o direito de o funcionário reagir, com pleno conhecimento de causa e com as mesmas armas, ao acto administrativo que o prejudica. É neste sentido que convém analisar a apreciação do Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido relativa aos direitos da defesa e sobre a qual incidem os terceiro e quarto fundamentos.

24. Por conseguinte, este fundamento do recurso deve ser julgado procedente, uma vez que, ao considerar insuficientemente fundamentadas as decisões administrativas impugnadas, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito.

Quanto ao terceiro fundamento

25. Com o terceiro fundamento [7], o Parlamento critica ao Tribunal de Primeira Instância ter violado o artigo 48.°, n.° 2, do seu Regulamento de Processo, nos termos do qual é proibido deduzir novos fundamentos durante a instância, a menos que tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo.

26. Os representantes do Parlamento alegam que a recorrente só deduziu na réplica o

7 — V. a nota 2 sobre a exposição sistemática da petição de recurso do Parlamento .

fundamento baseado na violação dos direitos da defesa, não o tendo referido na reclamação administrativa prévia. Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância não o devia ter julgado admissível e, por maioria de razão, também não o devia ter apreciado oficiosamente.

27. No que se refere às eventuais diferenças de conteúdo entre a reclamação administrativa e o recurso no Tribunal de Primeira Instância, remeto para o que afirmei quanto ao primeiro fundamento. Insisto que não me parece censurável que o recurso judicial, caso não altere o pedido ou a causa de pedir, aduza argumentos jurídicos suplementares *relativamente aos apresentados no decurso* do processo administrativo. Em todo o caso, tratando-se, além disso, de fundamentos de ordem pública, é sempre possível invocá-los numa fase posterior.

28. Quanto ao pretenso desvio de processo que se teria verificado no presente caso, também não creio que se tenha violado o artigo 48.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância e isto por duas razões:

a) Por um lado, não é necessário analisar até que ponto este pode apreciar oficiosamente determinados vícios do acto comunitário violadores de direitos fundamentais. Com efeito, no caso em apreço, a recorrente deduziu o fundamento baseado na violação dos direitos da defesa, como é expressamente reconhecido pelo Parlamento [8];

b) Por outro, se é verdade que a epígrafe do primeiro fundamento da petição de recurso só referia a fundamentação do acto, também é verdade que o seu conteúdo salientava a impossibilidade de a funcionária examinar e impugnar o mérito da decisão recorrida; ora, trata-se aqui de um argumento relativo aos direitos da defesa.

29. Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância, ao pronunciar-se no seu acórdão sobre um argumento jurídico que a recorrente deduziu no decurso do processo a ele submetido, não violou nenhuma norma jurídica.

Quanto ao quarto fundamento

30. Após terem sustentado que o argumento da violação dos direitos da defesa devia ter sido julgado inadmissível no acórdão recorrido, os representantes do Parlamento Europeu afirmam que, em todo o caso, essa violação nunca existiu.

8 — N.° 50 da petição de recurso: «... A introdução deste novo argumento pelo Tribunal de Primeira Instância... que a recorrente só invocou na réplica...».

31. A análise deste fundamento exige uma clarificação prévia. Convém indagar se o Parlamento se recusou efectivamente a comunicar o parecer médico à recorrente. Trata-se de um facto a que o acórdão recorrido não faz qualquer referência nem sob a epígrafe «Matéria de facto na origem do litígio» nem sob as epígrafes «A fase pré-contenciosa» e «A fase judicial». Todavia, posteriormente e na sua apreciação jurídica, o Tribunal de Primeira Instância afirma por duas vezes que a recorrente solicitou o relatório médico na reclamação administrativa (n.os 30 e 31).

32. O conteúdo desta reclamação era muito sucinto e limitava-se a dois argumentos: «1) limitei-me a seguir escrupulosamente as indicações do meu médico, ou seja, baixa de três dias por doença; 2) as observações do médico responsável pelos controlos (que o meu médico bem gostaria de conhecer) eram necessariamente destituídas de fundamento, pois que era a primeira vez que me observava e já havia utilizado anteriormente estes métodos facciosos, como se comprova pela nota anexa do Comité do Pessoal de 30 de Maio de 1995».

33. Por seu lado, o Parlamento insiste que a recorrente reconheceu na audiência no Tribunal de Primeira Instância nunca ter solicitado para consulta o relatório do médico responsável pelos controlos.

34. Como é o Tribunal de Primeira Instância que julga os factos e o presente recurso não constitui meio adequado para os apreciar e tendo, além disso, em consideração que os representantes do Parlamento não invocaram qualquer eventual desnaturação de um elemento de prova, directa ou indirectamente dedutível a partir deste, há que admitir que G. Gaspari solicitou na sua reclamação o acesso ao relatório médico. O silêncio da instituição comunitária recorrida perante esse pedido prejudicará retroactivamente a validade das decisões anteriores à data da reclamação?

35. Em meu entender, deve responder-se negativamente: já referi que as decisões objecto da reclamação eram suficientes para explicar à sua destinatária as razões pelas quais a administração considerava irregular a sua ausência. Além disso, G. Gaspari admite ter recebido do médico responsável pelos controlos que a visitou a indicação de que devia retomar o serviço no dia seguinte, cuja explicação óbvia é de que este a considerava apta para tal. Se a funcionária necessitava do relatório médico pormenorizado (por exemplo, para o dar a conhecer ao seu médico assistente), podia tê-lo solicitado num qualquer momento anterior à reclamação, com a finalidade de a fundamentar com maior rigor.

36. Em todo o caso, a recusa (tácita) do Parlamento Europeu de comunicar à funcionária o relatório médico por ela solicitado nos termos que anteriormente referi podia constituir fundamento de anulação da decisão que indeferiu a reclamação, por alegada violação dos direitos da defesa cometida no decurso deste procedimento, mas não constitui fundamento de anulação das decisões iniciais.

37. Considero necessário salientar esta diferença. Por um lado, as decisões objecto do litígio estavam, na sua origem, suficientemente fundamentadas, pois que davam a conhecer à interessada as razões pelas quais a administração considerava que a sua ausência tinha sido injustificada. Por outro, mesmo admitindo que, a pedido da funcionária, o Parlamento Europeu devia ter-lhe entregue uma cópia do relatório médico (finalmente apresentado no processo submetido ao Tribunal de Primeira Instância), isso não diz respeito ao dever de fundamentação, mas sim a um elemento de prova susceptível de contestação no âmbito da reclamação administrativa prévia e, *a fortiori,* no âmbito do recurso judicial.

38. Por conseguinte, se houve violação dos direitos da defesa, ocorreu num momento cronológico posterior à adopção das decisões impugnadas. Tratar-se-ia, pois, de um vício que afecta não as decisões, mas sim um acto administrativo posterior, como aquele que põe termo à fase da reclamação. Paradoxalmente, este acto não foi anulado pelo acórdão recorrido, que só anulou as decisões de 22 de Maio e de 9 de Agosto de 1995.

39. Em conclusão, há que julgar procedente também o quarto fundamento, uma vez que o Tribunal de Primeira Instância, ao anular as duas decisões impugnadas com base num facto (ausência de resposta ao pedido posterior de comunicação do relatório médico) que lhes é posterior e que não pode afectar a sua validade, cometeu um erro de direito.

40. Finalmente, como o Tribunal de Primeira Instância não se pronunciou sobre os outros dois fundamentos de anulação invocados pela recorrente na primeira instância e em relação aos quais subsistem ainda problemas de apreciação dos factos e de valorização das provas, há que remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância para julgamento, nos termos do artigo 54.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça.

41. Em meu entender, não se verifica a previsão do artigo 122.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça; portanto, não há que decidir quanto às despesas.

Conclusão

42. Em consequência, proponho que o Tribunal de Justiça julgue procedente o recurso interposto pelo Parlamento Europeu, de modo a:

«1) Anular o acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância em 10 de Julho de 1997, Gaspari/Parlamento (T-36/96).

2) Remeter os autos ao Tribunal de Primeira Instância para julgamento dos demais fundamentos de anulação invocados pela recorrente.

3) Reservar para final a decisão quanto às despesas.»