CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 17 de Janeiro de 1995 *

1. A fim de constituir uma lista de reserva de dactilógrafos C 5/C 4 de língua inglesa, a Comissão organizou o concurso geral COM/C/741, objecto de aviso publicado em 24 de Dezembro de 1991 [1].

2. Nos termos do título II, parte b, n.º 2, do mesmo aviso, não eram admitidos os candidatos titulares de diploma que permitisse o acesso a concursos de nível A ou LA.

3. Por carta de 9 de Junho de 1992, a recorrente M. Noonan foi informada da decisão do júri de recusar a sua candidatura por ter concluído um curso universitário e obtido um Honours Degree em literatura francesa e italiana pelo University College de Dublin.

4. Em 21 de Agosto de 1992, M. Noonan interpôs no Tribunal de Primeira Instância recurso de anulação desta decisão, alegando que a proibição de os titulares de diplomas universitários participarem nos concursos de categoria C contraria o disposto no Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias (a seguir «Estatuto»), bem como o princípio geral da igualdade de tratamento e a liberdade de exercício de actividades profissionais.

5. Antes de contestar quanto ao mérito, a Comissão deduziu uma questão prévia de admissibilidade alegando que um funcionário não pode invocar, como fundamento de recurso da decisão de um júri de concurso, fundamentos baseados na pretensa irregularidade do aviso se não tiver impugnado tempestivamente as disposições que considera prejudiciais aos seus interesses. Baseou-se, essencialmente, no acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Março de 1986, Adams e o./Comissão [2], e no acórdão do Tribunal de

* Língua original: francês.

1 — JO C 333 A, p. 11 (edição inglesa).

2 — 294/84, Colect., p. 997.

Primeira Instância de 16 de Outubro de 1990, Gallone/Conselho [3].

6. Ao considerar improcedente a questão prévia e ao admitir o recurso, o Tribunal de Primeira Instância, em acórdão de 16 de Setembro de 1993 [4], salientou, em primeiro lugar, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça aceita «... a admissibilidade de fundamentos baseados na irregularidade de um aviso de concurso não impugnado em tempo útil, quando esses fundamentos visem a fundamentação da decisão da execução impugnada» [5].

7. Em segundo lugar, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o acórdão Adams e o./Comissão não contraria esta jurisprudência dado que «... nesse caso concreto, os fundamentos com base na irregularidade do aviso de concurso, que foram julgados inadmissíveis, não foram invocados pelos recorrentes em relação com a fundamentação das decisões de não admissão às provas de concurso, que constituíam o objecto do recurso» [6].

8. Por último, verificando que, no caso presente, o fundamento de irregularidade das condições de admissão definidas no aviso de concurso, ou seja, a exigência de inexistência de diploma, diz respeito à fundamentação da decisão recorrida (esta baseia-se no facto de M. Noonan ser justamente titular de um diploma universitário) [7], o Tribunal de Primeira Instância concluiu no sentido da admissibilidade do recurso no acórdão de 16 de Setembro de 1993, já referido.

9. É este acórdão cuja anulação a Comissão pede.

10. O recurso assenta em três fundamentos:

— o acórdão não respeita a jurisprudência do Tribunal de Justiça nem dela decorre, o que pode provocar insegurança jurídica;

— o acórdão é fonte de «insegurança administrativa»;

— seria indevidamente alargado o prazo previsto no Estatuto.

11. Analisemos separadamente estes três fundamentos.

3 — T-132/89, Colect., p. II-549, n.° 20.
4 — Noonan/Comissão (T-60/92, Colect., p. II-911).
5 — N.° 24 do acórdão recorrido.
6 — N.° 25.
7 — N.° 29.

I — A jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância admite que um recurso de anulação de uma decisão individual de não admissão a um concurso se possa basear na ilegalidade de condições impostas no aviso de concurso?

12. Pode ser assim resumida a argumentação da Comissão:

— o aviso de concurso é uma decisão da AIPN susceptível de lesar um particular e de ser objecto de recurso de anulação nas condições previstas nos artigos 90.° e 91.° do Estatuto;

— passado o prazo de três meses a partir da respectiva publicação, o aviso de concurso torna-se irrecorrível;

— o candidato destinatário de uma decisão individual de não admissão a um concurso não pode, para obter a anulação de tal decisão, invocar a ilegalidade do aviso de concurso, a não ser que corra novamente o prazo de três meses acima referido, o que contraria o princípio da segurança jurídica;

— a partir do acórdão Adams e o./Comissão [8], que se afasta da anterior jurisprudência, «... o prazo estabelecido para impugnar a alegada irregularidade de um aviso de concurso não pode voltar a correr a não ser que se possa encontrar na redacção do aviso de concurso a origem de qualquer irregularidade ocorrida no decurso do mesmo» [9];

— uma irregularidade ocorrida durante um concurso não pode ter origem numa disposição do aviso de concurso clara e insusceptível de interpretação [10].

13. Diga-se, desde já, que não vemos na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância as duas tendências que a Comissão distingue. Pelo contrário, vemos um progressivo aperfeiçoamento da posição dos órgãos jurisdicionais comunitários que deve aqui ser referido.

14. A jurisprudência do Tribunal de Justiça é marcada por uma distinção crucial.

8 — Já referido.
9 — Petição de recurso, p. 10 da tradução francesa.
10 — *Idem.*

15. Por um lado, o aviso de concurso é um acto geral e impessoal emitido por uma instituição comunitária, dirigido a todos os candidatos potenciais. Pode ser objecto de recurso de anulação interposto por um particular dentro de três meses a contar da sua publicação (artigo 90.°, n.° 2, do Estatuto). Nos termos do disposto no artigo 173.°, quarto parágrafo, do Tratado CE, o recorrente terá que provar que o acto lhe causa prejuízo e lhe diz directa e individualmente respeito.

16. Por outro lado, a decisão de não admissão ao concurso é uma decisão individual adoptada na sequência do aviso do concurso e que dá aplicação ao que o mesmo dispõe. O destinatário demonstrará sem dificuldade que ela lhe causa prejuízo. Tal decisão faz referência às condições definidas no aviso de concurso.

17. Pode um candidato, para obter a anulação de uma decisão de não admissão, invocar a ilegalidade do aviso de concurso? Por outras palavras, poderá invocar uma espécie de *excepção de ilegalidade* contra a decisão do júri de o não admitir a concurso?

18. O Tribunal de Justiça definiu esta excepção, prevista no artigo 184.° do Tratado CE, como «... a expressão de um princípio geral que garante a qualquer parte o direito de impugnar, com o objectivo de obter a anulação de uma decisão que a afecta directa e individualmente, a validade dos actos institucionais anteriores que constituem a base jurídica da decisão atacada, se essa parte não dispunha do direito de interpor, nos termos do artigo 173.° do Tratado, um recurso directo contra esses actos de que sofreu as consequências sem ter podido requerer a sua anulação» [11].

19. Desde o acórdão Simmenthal/ /Comissão [12], o Tribunal de Justiça entende que a excepção de ilegalidade pode ser deduzida relativamente a qualquer acto de alcance geral que produza efeitos análogos aos derivados de um regulamento [13].

20. O Tribunal de Justiça exige que exista um «*nexo jurídico directo*» entre a decisão individual impugnada e o acto de alcance geral objecto da excepção [14].

21. O Tribunal aplica a excepção de ilegalidade ao contencioso da função pública comunitária baseado no artigo 179.° do Tratado CE e no artigo 91.° do Estatuto. No processo Acton e o./Comissão [15], relativo a recursos de anulação de decisões individuais

11 — Acórdão de 6 de Março de 1979, Simmenthal/Comissão (92/78, Recueil, p. 777, n.° 39).

12 — Referido na nota anterior.

13 — N.° 40.

14 — Acórdão de 31 de Março de 1965, Macchiorlati Dalmas e Figli (21/64, Colect. 1965-1968, p. 55).

15 — Acórdão de 18 de Março de 1975 (44/74, 46/74 e 49/74, Colect., p. 155).

de retenção sobre vencimentos em consequência de greve, adoptadas em cumprimento de uma decisão de carácter geral da Comissão, o Tribunal de Justiça estabeleceu o princípio de que:

«... no âmbito da via processual instituída pelo artigo 91.° do Estatuto dos Funcionários e no caso de um acto de carácter geral destinado a ser aplicado por meio de uma série de decisões individuais que afectam todos ou grande parte dos funcionários de uma instituição, o funcionário, individualmente considerado, não pode ser privado do direito de invocar a ilegalidade desse acto para impugnar a decisão individual que lhe permita conhecer com segurança como e em que medida são afectados os seus interesses particulares» [16].

22. Consideramos que, desde o acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1965, Ley/Comissão [17], até ao acórdão Gallone/Conselho, já referido, a jurisprudência citada pelas partes aplicou justamente esse princípio, definindo progressivamente as condições para a respectiva aplicação no especial domínio de que aqui tratamos:

1) O acto geral e abstracto deve ser insusceptível de recurso imediato por um particular ou só excepcionalmente poder ser posto em causa por um particular. Efectivamente, nos termos do acórdão do Tribunal de Justiça Simmenthal/Comissão, já referido, «esta interpretação ampla do artigo 184.° decorre da necessidade de garantir um controlo da legalidade em benefício das pessoas excluídas pelo segundo parágrafo do artigo 173.° da possibilidade de recurso directo contra os actos de carácter geral, quando sejam afectadas por decisões de aplicação que lhes digam respeito directa e individualmente» [18]. Por essa razão, no acórdão de 9 de Maio de 1994, TWD [19], o Tribunal de Justiça decidiu que o destinatário de um auxílio de Estado que proponha uma acção contra o acto administrativo pelo qual a autoridade nacional revoga os certificados que constituem a base jurídica dos subsídios não pode invocar indirectamente a ilegalidade da decisão da Comissão que julgou o auxílio contrário ao direito comunitário. O Tribunal de Justiça observou que «... a recorrente na causa principal... teria podido, sem dúvida alguma, impugná-la nos termos do artigo 173.° do Tratado» [20].

Em matéria de concursos, é de salientar que o aviso de concurso é uma medida de aplicação geral (que a recorrida compara a um anúncio de concurso [21]), que só excepcionalmente pode ser objecto de recurso de anulação interposto por um particular. O acórdão de 9 de Junho de 1975, Küster/Parlamento [22], é fora do comum neste aspecto. O aviso de concurso interno, neste processo, estabelecia uma condição de acesso ao lugar com base em conhecimentos linguísticos que teve como efeito excluir a

16 — N.° 7.
17 — 12/64 e 29/64, Colect. 1965-1968, p. 43.
18 — N.° 41.
19 — C-188/92, Colect., p. I-833.
20 — N.° 24.
21 — Ponto 3.8 da resposta.
22 — 79/74, Recueil, p. 725.

candidatura de Küster, prejudicando as suas hipóteses de promoção.

Acrescente-se que, na prática, o aviso de concurso não é impugnado antes da entrega dos actos de candidatura. É-o apenas após a decisão individual de não admissão. Assim, o recurso interposto directamente do aviso do concurso não é impossível, mas apenas excepcional [23].

2) O recurso é interposto da decisão individual de não admissão e *baseia-se* na ilegalidade do aviso de concurso [24]. O recorrente tem de provar a existência de um nexo directo [25] entre as irregularidades do aviso de concurso invocadas e a decisão de não admissão tomada pelo júri.

O Tribunal de Justiça resumiu este princípio no acórdão Simonella/Comissão [26]:

«... este fundamento (assente na falta de conformidade do aviso de concurso com o Estatuto) é de afastar na medida em que é dirigido contra a não indicação da cotação de algumas provas no aviso de concurso, devendo... ser examinado na medida em que diz respeito à fundamentação da decisão impugnada» [27],

ou, de modo ainda mais claro, no acórdão Agazzi Léonard/Comissão [28]:

«... estes fundamentos são de afastar na medida em que tenham por objecto a irregularidade do aviso de concurso enquanto tal, mas devem ser examinados quanto ao fundo, na medida em que visem irregularidades que viciaram o desenrolar do próprio concurso» [29].

23. Trata-se assim de evitar que, por meio da impugnação de uma decisão individual, seja, de facto, posto em causa o próprio aviso de concurso embora o vício de que alegadamente enferma esse aviso não afecte a decisão individual.

24. O acórdão Adams e o./Comissão, já referido, inscreve-se nesta lógica. O recurso de anulação da decisão do júri que não admitiu um candidato às provas do concurso

23 — É esse também o caso do recurso de anulação de um regulamento interposto por um particular. V. acórdão de 18 de Maio de 1994, Codorniu/Conselho (C-309/89, Colect., p. I-1853).

24 — V. acórdão de 14 de Dezembro de 1965, Morina/Parlamento (11/65, Colect., p. 281): «... o pedido relativo ao concurso só é admissível na medida em que apoia o recurso interposto do acto referido.»

25 — V., por exemplo, acórdão de 22 de Março de 1972, Costacurta/Comissão (78/71, Colect., p. 65, n.° 12).

26 — Acórdão de 6 de Julho de 1988 (164/87, Colect., p. 3807).

27 — N.° 19.

28 — Acórdão de 6 de Julho de 1988 (181/87, Colect., p. 3823).

29 — N.° 24.

baseava-se, designadamente, nas duas seguintes acusações.

25. Em primeiro lugar, o aviso de concurso violou o artigo 1.°, alínea d) do anexo III do Estatuto, ao não especificar os diplomas e outros títulos, nem o nível de experiência exigidos para os lugares a preencher. As indicações contidas em cartas posteriores foram extemporâneas.

26. Em segundo lugar, a natureza das provas tal como foi indicada no aviso de concurso estava em contradição com o artigo 1.°, alínea e), do anexo III do Estatuto, o qual exige que deve ser especificada, «no caso de concurso por prestações de provas, a natureza destas provas e a sua cotação respectiva». No entender dos recorrentes, as provas não foram especificadas.

27. Quanto ao primeiro ponto, é evidente que uma maior exactidão do aviso no que toca às condições de experiência profissional não teria qualquer influência sobre as decisões individuais de não admissão. Quanto ao segundo ponto, ele não afectou os recorrentes dado que não participaram nas provas.

28. Foi por não haver um nexo entre as irregularidades do aviso invocadas nestas acusações e a fundamentação das decisões de não admissão (habilitações e experiência insuficientes) que o Tribunal de Justiça as julgou inadmissíveis, salientando que dessa forma, através da impugnação de decisões individuais, era a regularidade do aviso de concurso que, de facto, estava em causa [30].

29. O Tribunal de Justiça apenas tomou em consideração, a fim de se pronunciar sobre o mérito da causa, os fundamentos assentes na ilegalidade de determinadas actuações do júri ao longo do processo [31].

30. Por último, a análise do acórdão Adams e o./Comissão, já referido, leva a salientar que a anulação das decisões de não admissão teve finalmente lugar por razões diferentes da irregularidade do aviso de concurso. Além disso, não foi indiferente, neste processo, que o processo do concurso se alargasse por um período de dois anos e meio.

31. No âmbito de um recurso de uma decisão individual de não admissão, não é possível invocar uma ilegalidade do aviso de concurso que não tenha relação com a

30 — V. n.° 17 do acórdão Adams e o./Comissão.
31 — *Idem*, n.° 18.

decisão de não admissão. Assim, o Tribunal de Primeira Instância deduziu correctamente do acórdão Adams e o./Comissão que:

«... nesse caso concreto, os fundamentos com base na irregularidade do aviso de concurso, que foram julgados inadmissíveis, não foram invocados pelos recorrentes em relação com a fundamentação das decisões de não admissão às provas de concurso, que constituíam o objecto do recurso» [32].

32. Se, pelo contrário, as disposições impugnadas do aviso forem aquelas sobre as quais se apoia a decisão de não admissão, será admissível a excepção de ilegalidade? Encontrar-se-á então o «nexo jurídico directo» que refere a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à excepção de ilegalidade do artigo 184.° do Tratado?

33. Esta questão não teve resposta no acórdão Adams e o./Comissão.

34. Os acórdãos posteriores recordam o princípio estabelecido naquele acórdão nos termos do qual:

«... o funcionário que considere que um aviso de concurso lhe causa prejuízo em virtude da sua irregularidade deve impugná-lo em tempo útil. Se assim não fosse, seria possível pôr em causa um aviso de concurso muito tempo depois da sua publicação e quando já se tivessem efectuado a maior parte ou todas as operações do concurso, o que seria contrário aos princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa administração» [33].

35. Acrescentam:

«É verdade que o facto de não ter impugnado o aviso de concurso dentro do prazo não impede que um recorrente possa alegar irregularidades ocorridas aquando da realização do concurso, ainda que a origem destas irregularidades se possa encontrar no aviso de concurso» [34].

32 — N.° 25 do acórdão recorrido.

33 — N.° 13 do acórdão de 8 de Março de 1988, Sergio e o./Comissão (64/86, 71/86, 72/86, 73/86 e 78/86, Colect., p. 1399). V. também n.° 15 do acórdão Simonella/Comissão, já referido, e n.° 22 do acórdão Agazzi Léonard/Comissão, já referido.

34 — *Idem*, n.° 15. V. igualmente n.° 16 do acórdão Simonella/Comissão, já referido, n.° 23 do acórdão Agazzi Léonard/Comissão, já referido, e n.° 20 do acórdão Gallone/Conselho, já referido.

36. A irregularidade verificada deverá ter influenciado o próprio andamento do concurso.

37. O Tribunal de Primeira Instância salientou, assim, justamente, que «... o Tribunal de Justiça reconheceu a admissibilidade do fundamento com base na pretensa irregularidade do aviso de concurso, não impugnado em tempo útil, quando ele diga respeito à fundamentação da decisão individual impugnada» [35].

38. Consideramos que sucede o mesmo quando o júri não goza de qualquer poder discricionário na aplicação das condições definidas no aviso de concurso. Nessa hipótese, não dispõe de qualquer margem de apreciação que lhe permita espacar à aplicação do que o aviso determina.

39. Em que é que isso afecta Muireann Noonan? A sua não admissão ao concurso encontra directamente explicação na condição constante do aviso de concurso relativa à ausência de diploma universitário. O fundamento que consiste em impugnar a legalidade de tal condição tem directamente a ver com a fundamentação da decisão impugnada, como o Tribunal de Primeira Instância declarou no n.° 29 do acórdão.

35 — N.° 27 do acórdão recorrido.

40. Isto situa-se, consequentemente, na linha da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a qual o acórdão se baseia expressamente e cuja interpretação efectuou correctamente. Não vemos, portanto, qualquer violação ao princípio da segurança jurídica.

II — A solução adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância é fonte de «insegurança administrativa»?

41. No entender da Comissão, a solução adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância tem como efeito permitir que, durante um período de tempo indefinido, sejam postas em causa condições definidas no aviso de concurso, mesmo que claras e insusceptíveis de interpretação.

42. Este fundamento merece apenas breves observações.

43. Não há alargamento indefinido do prazo para requerer a anulação pela simples razão de que, no caso presente, não se trata de recurso de anulação.

44. A excepção de ilegalidade não deve ser confundida com o recurso de anulação, que

produz diferentes efeitos. «O regulamento não é anulado *erga omnes*. É declarado inaplicável na medida em que se concretizou na decisão individual. Esta declaração só vincula as partes e não põe em causa a própria existência do regulamento» [36]. A excepção de ilegalidade implica por isso que o acto regulamentar seja posto em causa apenas em sentido limitado.

45. Além disso, as disposições claras do aviso de concurso só podem ser objecto de discussão na medida em que tenham um nexo directo com a fundamentação da decisão individual de não admissão.

III — Será o prazo fixado pelo Estatuto para agir em juízo «indevidamente alargado»?

46. Já respondemos a este terceiro fundamento [37], pelo que nada mais é necessário acrescentar.

47. Consequentemente, concluímos no sentido de que seja confirmado o acórdão recorrido.

48. O acórdão do Tribunal de Justiça não põe termo ao processo na acepção do artigo 69.° do Regulamento de Processo. Deve, por isso, reservar-se para final a decisão quanto às despesas.

36 — Joliet, R.: *Le droit institutionnel des Communautés européennes — Le contentieux*, 1981, p. 137.

37 — V. ponto 43, *supra*.