CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ

apresentadas em 5 de Fevereiro de 1987 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes

A — Os factos

1. A recorrente no processo de que hoje nos ocupamos entrou ao serviço do Parlamento Europeu em 1973, na qualidade de agente temporário, com o grau B 4. A partir de 1977, trabalhou durante cinco anos no gabinete de informação de Londres e, desde Março de 1982, está colocada na direcção-geral de investigação e documentação, no serviço da biblioteca. Actualmente, está classificada no grau B 1.

2. A recorrente impugna a nomeação para um lugar B 1 na direcção-geral de investigação e documentação, serviço dos direitos do homem, no qual ela própria está interessada.

3. Alberto Fumagalli, a quem este lugar foi atribuído por promoção, encontra-se ao serviço do Parlamento desde Outubro de 1971. Depois de ter, de início, trabalhado na qualidade de agente auxiliar, foi nomeado funcionário em Maio de 1973, sendo depois — após uma promoção — sido classificado no grau B 2. A partir de Outubro de 1980, foi colocado em regime de destacamento num grupo político (na qualidade de co-secretário geral), nos termos do artigo 37.° do estatuto dos funcionários. Ao terminar o seu destacamento (em Outubro de 1984), foi reintegrado no secretariado-geral do Parlamento, onde foi ocupar o lugar acima referido, até aí subocupado.

4. Em Junho de 1985, o Parlamento tornou público, através do aviso de abertura de vaga n.° 4615, que o lugar em questão seria preenchido por promoção ou transferência. Foram apresentadas onze candidaturas, entre as quais a da recorrente; oito pertenciam a candidatos à promoção, como o Sr. Fumagalli, que constava da lista de candidatos promovíveis desde 1984. Em 20 de Junho de 1985, a lista dos candidatos foi enviada para parecer ao director-geral da investigação e documentação (desde 1 de Janeiro de 1985, o Sr. Palmer), com a seguinte indicação expressa «il vous est possible de consulter les dossiers personnels des intéressés au service Gestion, Bureau des dossiers personnels». Em 4 de Julho de 1985, o director-geral em questão propôs a promoção de Fumagalli para o lugar vago, promoção que teve lugar — com efeitos a partir de 1 de Julho de 1985 — por decisão do director-geral da administração e do pessoal do Parlamento Europeu, a 17 de Julho de 1985. Em 23 de Agosto de 1985, a recorrente foi informada do facto de não se ter optado pela sua candidatura.

5. Já antes desta data, ao aperceber-se de qual seria o resultado do processo de provimento, a recorrente tinha apresentado, em 14 de Agosto de 1985, uma reclamação junto da autoridade investida do poder de nomeação. Aí contestava a decisão impugnada, alegando que as condições exigidas no aviso de vaga eram por ela preenchidas e que não tinha sido provado que o funcionário nomeado para o lugar fosse nitidamente mais qualificado que ela. Além disso, ter-lhe-ia chegado aos ouvidos que o lugar em questão se destinava, na realidade, a «regularizar» a situação de Fumagalli.

* Tradução do alemão.

6. Não tendo a sua diligência tido sucesso — a reclamação foi indeferida por decisão do director-geral da administração, do pessoal e das finanças, de 4 de Dezembro de 1985 —, Teresa Banner recorreu ao Tribunal em 21 de Fevereiro de 1986, requerendo:

— a reforma ou a anulação:

1) da decisão do director-geral da administração, do pessoal e das finanças do Parlamento Europeu, de 17 de Julho de 1985, que nomeou Alberto Fumagalli para o lugar indicado no aviso de abertura de vaga n.° 4615,

2) da decisão de recusa da sua candidatura para o mesmo lugar, bem como:

— caso o pedido de reforma seja admitido e obtenha provimento, a declaração de que o lugar em questão é atribuído à recorrente.

7. O Parlamento, recorrido no presente processo, considera antes de mais que o recurso é inadmissível. Entende, além disso, que, de qualquer forma, lhe deve ser negado provimento.

B — Este litígio torna, em minha opinião, necessária a seguinte apreciação

I — *Quanto à admissibilidade do recurso*

8. O Parlamento alegou a este respeito que o acto de nomeação de um outro funcionário para o lugar B 1 vago (que implicou a não aceitação da candidatura da recorrente) *não* pode ser considerado *como um acto lesivo dos seus interesses* uma vez que a recorrente já está classificada no grau B 1. Por outro lado, entende que a re corrente não tem *interesse* em agir. Dada a sua classificação actual, não se lhe pode reconhecer um interesse material (nem sequer sob a forma de eventuais perspectivas de carreira relacionadas com o lugar em questão); mesmo que a recorrente invoque um interesse moral (isto é, razões pessoais ligadas à transferência, como resulta de documentos que apresentou com a réplica), é evidente que este elemento não é relevante no quadro do artigo 91.° do estatuto dos funcionários.

9. A recorrente considera, pelo contrário, esta apreciação inexacta. Para ela, por um lado, não se pode negar a existência de um acto lesivo de interesses, pois o acto em causa teria sido adoptado com violação do processo de nomeação, isto é, com desvio de poder. Por outro lado, invoca o direito de requerer a transferência consagrado no artigo 7.° do estatuto dos funcionários (a este respeito, bastava que ela considerasse as suas condições actuais de trabalho desinteressantes e a actividade relacionada com o lugar a prover mais satisfatória, dado o seu carácter específico) e observa que, na jurisprudência, já várias vezes decisões de transferência foram consideradas como actos lesivos de interesses.

10. Relativamente a esta questão, pode-se desde já concluir que o argumento citado em primeiro lugar pela recorrente não deve seguramente ser considerado. Com efeito, não é possível apreciar a questão de saber se um acto é lesivo de interesses a partir dos fundamentos contra ele invocados. Não pode, de modo algum, dizer-se que, sempre que é invocado um desvio de poder em relação a determinado acto, nos encontramos, por esse facto, perante um acto que afecta interesses, na acepção do artigo 91.° do estatuto dos funcionários.

11. Deve ainda admitir-se que a jurisprudência citada pela recorrente não contém nada que interesse directamente ao caso concreto, já que ela, no seu conjunto, versa

sobre o reconhecimento de um direito de recurso em caso de transferência *contra a vontade* dos interessados (ver. acórdãos proferidos nos processos apensos 18 e 35/65 [1] e nos processos 35/72 [2] e 33/79 [3]).

Quando muito, é relativamente interessante que, nos termos do acórdão proferido no processo 35/72, não importe apenas que os interesses materiais sejam afectados, mas ainda saber se, atendendo à natureza da função em causa e às circunstâncias, a decisão pode afectar interesses morais e perspectivas de futuro do agente interessado (n.os 4 a 6), e que, segundo o acórdão proferido no processo 33/79 (n.° 13), seja relevante o facto de uma alteração das tarefas confiadas a um funcionário ser susceptível de afectar as suas perspectivas quanto ao futuro. Deve igualmente referir-se que no acórdão proferido no processo 46/69 [4], o Tribunal esclareceu que um agente pode ter um interesse legítimo em preferir um lugar a um outro e que, precisamente nesta perspectiva, o estatuto faculta a transferência de um agente a seu pedido.

12. Deste modo, em minha opinião, existem pelo menos duas razões para considerar que um recurso como o presentemente em causa é admissível.

13. Por um lado, deve ter-se em conta o princípio segundo o qual qualquer pessoa que participe num processo de nomeação para um lugar, para o qual não venha a ser nomeado, tem um direito de recurso, sem que haja que fazer distinções de acordo com o interesse em causa. Pode, a este respeito, referir-se o acórdão proferido no processo 257/83 [5], no qual o Tribunal considerou, pura e simplesmente, admissível o recurso interposto contra a nomeação de um outro candidato por um participante no concurso, reconhecendo-lhe assim um interesse em agir.

14. Por outro lado, pode considerar-se significativo que o artigo 7.° do estatuto preveja uma transferência a pedido do interessado, o que autoriza a conclusão de que este tem um interesse legítimo. Neste contexto, torna-se difícil ter apenas em conta interesses materiais (interesse num lugar que garante directamente uma determinada carreira). Pode-se igualmente desejar uma transferência porque as condições em que se exerce a actividade apresentam inconvenientes (as tensões num serviço podem tornar a progressão profissional mais difícil) ou porque as novas tarefas podem aumentar a possibilidade de passagem a uma categoria superior. O interesse em agir pode perfeitamente manifestar-se por esta forma, podendo, assim, defender-se que em caso de indeferimento de um pedido de transferência, é em princípio possível recorrer da decisão que nomeou outra pessoa para o lugar desejado.

15. Em consequência, não posso subscrever o ponto de vista defendido pelo Parlamento acerca da admissibilidade do recurso, pelo que passo também a analisar a questão de saber se o recurso deve obter provimento.

II — *Quanto ao fundo da questão*

16. A recorrente tenta concretizar as suas pretensões, definidas por remissão para os pedidos formulados no requerimento, alegando que a decisão de promoção impug-

1 — Acórdão em 5 de Maio de 1966 nos processos apensos 18 e 35/65, Max Gutmann/Comissão da CEEA, Recueil, p. 149.

2 — Acórdão proferido em 27 de Junho de 1973 no processo 35/72, Walter Kley/Comissão das Comunidades Europeias, Recueil, p. 679.

3 — Acórdão proferido em 28 de Maio de 1980 no processo 33/79, Richard Kuhner/Comissão das Comunidades Europeias, Recueil, p. 1677.

4 — Acórdão proferido em 13 de Maio de 1970 no processo 46/79, Andreas Reinarz/Comissão das Comunidades Europeias, Recueil, p. 275, mais especialmente p. 281, n.os 5 e 6.

5 — Acórdão proferido em 16 de Outubro de 1984 no processo 257/83, Williams/Tribunal de Contas das Comunidades Europeias, Recueil, 1984, p. 3537.

nada não foi tomada — como exige o artigo 7.° do estatuto — «no interesse exclusivo do serviço», nomeadamente para garantir que (de acordo com o artigo 27.° do estatuto) o lugar seja provido por um funcionário que possua as mais elevadas qualidades de competência, rendimento e integridade. Para a recorrente, tratava-se na verdade de «regularizar» a situação de um funcionário destacado para um grupo político pelo facto de, depois de terminado o seu destacamento, não ter podido ser reintegrado — nos termos do artigo 38.°, alínea g), do estatuto — no lugar anteriormente ocupado na direcção-geral da administração, do pessoal e das finanças (por esse lugar ter sido entretanto transferido para o serviço «direitos do homem»).

17. Se o processo de nomeação tivesse decorrido de forma correcta, nomeadamente através da análise comparativa dos méritos dos diferentes candidatos, o que não é referido em parte alguma, a recorrente deveria ter sido — em sua opinião — nomeada para o lugar vago, já que é a mais qualificada do ponto de vista da experiência, dos conhecimentos e das capacidades.

18. A isto opõe o Parlamento, por um lado, que o processo de nomeação decorreu normalmente, na medida em que os processos de todos os candidatos bem com as apreciações por eles suscitadas foram cuidadosamente analisados antes de se chegar à proposta de promoção formulada pelo director-geral da investigação e documentação. Por outro lado, salientou que, de acordo com o estatuto, os candidatos a uma transferência não têm qualquer prioridade sobre os candidatos a uma promoção e insistiu no facto de a autoridade investida do poder de nomeação dispor de um largo poder de apreciação na comparação dos méritos dos candidatos, de modo que, neste contexto, apenas o erro manifesto pode ser invocado. Por fim, relativamente ao fundamento baseado num desvio de processo ou num desvio de poder, é decisivo que a recorrente não tenha apresentado qualquer prova nesse sentido, sendo que, de qualquer forma, os elementos de que se socorre não podem em caso nenhum ser considerados indícios suficientes.

19. Relativamente a esta questão, parece-me que os melhores argumentos são inequivocamente os do Parlamento e que, por isso, o recurso não deve ser considerado procedente.

20. a) Começando pela acusação relativa ao desvio de poder.

O Parlamento salientou a este respeito com razão que o ónus da prova cabe à recorrente, tanto mais que não existem «indícios objectivos, pertinentes e concordantes» que levem a crer que o Parlamento utilizou os seus poderes para atingir fins diversos dos previstos (acórdão proferido nos processos apensos 18/65 e 35/65, Recueil 1966, p. 176). Para este efeito, a circunstância de o aviso de abertura de vaga apenas ter sido publicado oito meses depois de Alberto Fumagalli ter terminado o seu destacamento e ter sido afectado ao lugar, não é suficiente. Com efeito, daí não se pode de forma alguma deduzir que houve intenção de permitir que esse candidato adquirisse a experiência necessária (a qual é efectivamente referida na decisão de nomeação); isso pode apenas ter-se ficado a dever a determinadas «lenteurs administratives» às quais o representante do Parlamento fez referência durante a audiência e que são do conhecimento do Tribunal, desde que uma série de processos o puseram ao corrente da prática administrativa.

21. A declaração do antigo director-geral da investigação e documentação que a recorrente invoca a título principal, segundo a qual o referido lugar dessa direcção-geral apenas se destinava a regularizar a situação de Alberto Fumagalli, é também irrelevante. Com efeito, o seu alcance foi consideravelmente limitado na carta de 8 de Julho de

1985 (apresentada no decurso da audiência), uma vez que aí se garantia «that the Appointing Authority will consider carefully all the applications for the post and decide in accordance with the normal rules how the post should be filled» (que a autoridade investida do poder de nomeação examinará cuidadosamente todas as candidaturas ao lugar e decidirá em conformidade com as regras normais sobre o provimento desse lugar). Mas é ainda de salientar que o autor desta carta e da declaração em questão deixou de chefiar a direcção-geral da investigação e documentação desde 1 de Janeiro de 1985 e não tinha qualquer papel a desempenhar no desenvolvimento do processo (nem para apresentar propostas, nem para nomear um candidato).

22. b) O Parlamento salientou ainda justamente que, nos termos do artigo 29.° do estatuto os candidatos a uma promoção devem ser colocados no mesmo plano que os candidatos a uma transferência. Estes últimos não têm, assim, qualquer direito a ser considerados de forma prioritária no provimento das vagas. Entre essas pessoas, deve pois escolher-se — tal como foi salientado no acórdão proferido no processo 21/70 [6] — o candidato à promoção que seja julgado mais apto.

23. O Parlamento, por outro lado, insistiu no facto de ter procedido a uma análise comparativa de todos as candidatos com base no respectivo processo individual e nas apreciações sobre eles feitas, com vista a determinar o melhor candidato. Em face desta garantia oficial, não basta naturalmente — para que asdúvidas pareçam justificadas — invocar o mero facto de a decisão impugnada não conter qualquer indicação sobre este aspecto (decisão que, segundo a jurisprudência, não tem que ser fundamentada quando o seu conteúdo é positivo).

24. Por fim, relativamente à alegação da recorrente segundo a qual ela seria a mais qualificada e que, de qualquer forma, a autoridade investida do poder de nomeação devia ter provado o contrário, isto é, que o candidato nomeado é o melhor, deve observar-se, por um lado, que não cabe seguramente á autoridade investida do poder de nomeação fazer a referida prova perante uma simples afirmação, sendo antes àquele que critica a decisão que cabe provar que ela se encontra viciada. Por outro lado, deve aqui recordar-se que a apreciação das capacidades dos candidatos não está, em princípio, sujeita à fiscalização do Tribunal, a menos que exista um erro manifesto. No entanto, é evidente que nada se provou nesse sentido.

C — Conclusões

25. Não sendo necessário aceitar a prova oferecida pela recorrente (audição de testemunhas), apenas posso propor que seja negado provimento ao recurso, que contudo deve, nos termos legais, ser admitido, e que as despesas sejam reguladas de acordo com o artigo 70.° do Regulamento Processual.

6 — Acórdão de 3 de Fevereiro de 1971, no processo 21/70, Ritterweg/Comissão das Comunidades Europeias, Recueil, p. 7.