

Processo n.º 489/2021/A

(Execução para prestação de um facto)

Relator: Fong Man Chong

Data : 21 de Junho de 2023

Assuntos:

- Execução da sentença anulatória de acto administrativo

SUMÁRIO:

I – Em processo executivo administrativo, o artigo 174.º do CPAC consagra o dever de a Administração, no prazo máximo de 30 dias, cumprir espontaneamente as decisões dos tribunais em processos do contencioso administrativo quando transitadas em julgado, consistindo esse cumprimento, de acordo com o n.º 3 do artigo 174.º do CPAC, “*na prática de todos os actos jurídicos e operações materiais que sejam necessários, conforme as hipóteses, à reintegração efectiva da ordem jurídica violada e à reposição da situação actual hipotética*”.

II - A impossibilidade da execução a que alude a citada norma do n.º 1 do artigo 175.º do CPAC e que a lei configura como causa legítima de inexecução, caracteriza-se por se tratar de uma situação em que o devedor, de todo em todo, se encontra impedido de cumprir, não se confundindo, portanto, com a mera dificuldade ou com a onerosidade da prestação que haja de ser realizada.

III - No caso, a execução do julgado anulatório, tendo em vista a reintegração

da ordem jurídica violada e a reposição da situação actual hipotética (o chamado efeito repristinatório da sentença anulatória) consistiria em a Administração reconstituir a situação que existiria se não tivesse praticado a ilegalidade, o que, desde logo, implicaria a retoma do procedimento concursal no momento imediatamente anterior ao do acto que foi anulado com a elaboração de uma nova lista de classificação final dos candidatos expurgada do vício que conduziu à anulação do acto por força do chamado efeito preclusivo ou inibitório do caso julgado.

IV – Por força de alteração dos regulamentos disciplinadores do funcionamento do Instituto Cultural de Macau (Nos termos do Regulamento Administrativo n.º 41/2021, que alterou o Regulamento Administrativo n.º 20/2015 tem por objecto a organização e o funcionamento do Instituto Cultural e com a revogação da alínea 5) do n.º 1 do artigo 18.º deste último Regulamento, que cometia ao Instituto Cultural a competência para “assegurar as condições necessárias à expansão e divulgação da Orquestra de Macau e da Orquestra Chinesa de Macau”, a gestão e a exploração dessas orquestras passou para a Sociedade Orquestra de Macau, Limitada, entretanto criada), **o Instituto Cultural teria deixado de ter competência legal para recrutar trabalhadores para exercerem funções nas orquestras propriamente ditas ou em apoio às mesmas, mas tal a apontada revogação do Regulamento Administrativo n.º 20/2015 não constitui um obstáculo inultrapassável, impossibilitador da execução do julgado anulatório, por referência ao passado, isto é, aos pressupostos de facto e de direito existentes no momento do exercício originário, embora ilegal, do poder administrativo.**

V - Caso o acto administrativo anulado tivesse sido legalmente praticado no momento próprio e se dele, eventualmente tivesse resultado a graduação da Exequente em primeiro lugar na lista classificativa final, a consequência legal

teria sido o seu provimento no lugar correspondente, nos termos que decorrem linearmente do disposto n.º 1 do artigo 39.º do Regulamento n.º 14/2016, norma que consagra um verdadeiro direito ao provimento no lugar de acordo com a ordenação da lista classificativa. Eis a razão que determinou a inexistência de causa legítima da inexecução da decisão anulatória do acto administrativo em causa.

O Relator,

Fong Man Chong

Processo n.º 489/2021/A

(Execução para prestação de um facto)

Data : 21 de Junho de 2023

Exequente : A

Entidade Executada : **Secretária para os Assuntos Sociais e Cultura**

*

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA RAEM:

I – RELATÓRIO

A, Exequente, devidamente identificada nos autos, *instaurar a presente execução para a prestação de um facto contra a **Secretária para os Assuntos Sociais e Cultura**, alegando que esta Entidade não deu execução integral ao acórdão do Tribunal de Segunda Instância proferido nos autos principais que anulou a lista classificativa final do concurso para o preenchimento de um lugar vago de técnico superior de 2.^a classe, 1.º escalão, da área de música (música chinesa), em regime de contrato administrativo no Instituto Cultural, veio, em 07/10/2022, interpor a execução para prestação de um facto para este TSI, com os fundamentos constantes de fls. 2 a 22, tendo formulado as seguintes conclusões:*

- I. 已確定裁決的存在性—被執行人自發遵行司法決定的義務:
1. 在 2021 年 5 月 7 日, 請求執行人收悉澳門特區文化局的典試委員會發出的編號

為 0184/IC-OCHM/OFI/2021 號公函，該公函指出根據被執行人在 2021 年 4 月 26 日所作出的批示，就請求執行人對編號為 2019-IC-TS-MC-1 開考程序(第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇)提起的上訴予以駁回，並維持是次開考之最後成績名單(參見文件 1);

2. 在 2021 年 6 月 7 日，司法上訴人針對上指批示向尊敬的中級法院提交司法上訴狀，相應的司法上訴卷宗編號為 489/2021(參見文件 2);

3. 在 2022 年 5 月 12 日，尊敬的中級法院作出合議庭裁決裁定上訴理由成立及撤銷被訴決定—即被執行人在 2021 年 4 月 26 日所作出的批示(參見文件 2);

4. 在 2022 年 5 月 27 日，司法上訴人針對該裁決向中級法院提交上訴至終審法院的聲請書(參見文件 3);

5. 在 2022 年 6 月 7 日，尊敬的中級法院作出接納上訴的批示(參見文件 4);

6. 在 2022 年 6 月 20 日，司法上訴人向尊敬的中級法院提交撤回上訴聲請書(參見文件 5);

7. 在 2022 年 8 月 3 日，司法上訴人委託的 XXX 律師簽收尊敬的中級法院在 2022 年 7 月 8 日作出批准撤回上訴聲請的批示(參見文件 6);

8. 據經第 4/2019 號法律修改的第 9/1999 法律第 12 條規定，考慮 2022 年 8 月 1 日至 8 月 31 日屬於司法假期，故上指批示應自 2022 年 9 月 1 日至 9 月 10 日在任何利害關係人反對的情況下轉為確定;

9. 被執行人在 2022 年 6 月 15 日作出批示如下：「1. 同意本建議書第 13 點所載的建議，根據《行政程序法典》第一百零三條第二款 b)項的規定，宣告相關開考程序消滅。2. 交文化局依法作出通知。」(參見文件 7—附件 2);

10. 上指建議書的第 13 點內容完全轉錄如下：

「鑑此，現謹向上級建議，呈請社會文化司司長批准如下：

一、同意不向終審法院就中級法院裁判(卷宗編號：489/2021)提起平常上訴。

二. 行使經第 87/2021 號行政命令修改的第 183/2019 號行政命令第一款的權限，根據《行政程序法典》第一百零三條第二款 b)項的規定，因所擬達至的目的不能，宣告消滅刊登於 2019 年 11 月 13 日第 46 期《澳門特別行政區公報》第二組，進行統一管理制度的專業或職務能力評估對外開考，以行政任用合同制度填補高級技術員職程第一職階二等高級技術員音樂(中樂範疇)一個職缺的招聘程序(編號：2019-IC-TS-MC-1)。」(粗體字、斜體字及底下橫線是本人自行加上)(參見文件 7—附件 2);

11. 根據澳門《行政訴訟法典》第 148 條、第 149 條第 1 款準用澳門《民事訴訟法

典》第 591 條第 1 款規定，被執行人沒有針對上指合議庭裁判知悉日起計 10 日內向中級法院提交上訴聲請書及其在 2022 年 6 月 15 日作出同意不向終審法院針對上指合議庭裁決提出上訴的批示，從而必然推論出其同意及遵從上指合議庭裁決的意思表示，即使該裁決在 2022 年 6 月 15 日仍未轉為確定；

12. 依據澳門《行政訴訟法典》第 148 條第 1 款準用澳門《民事訴訟法典》第 582 條規定，上指合議庭裁決不能提起平常上訴或不能按澳門《民事訴訟法典》第 571 條及第 572 條分別所規定的針對上指合議庭裁決而提出判決無效爭辯、針對判決聲請解釋及針對判決聲請請糾正的法律手段，上指合議庭裁決便轉為確定；

13. 據澳門《行政訴訟法典》第 1 條準用澳門《民事訴訟法典》第 574 條第 1 款，上指合議庭裁決基於被執行人不提出平常上訴及司法上訴人在 2022 年 6 月 20 日提交撤回上訴聲請書，故上指合議庭裁決早已在 2022 年 6 月 20 日轉為確定而具有執行力；

14. 這樣，中華人民共和國《憲法》第 31 條準用澳門《基本法》第 67 條、第 70 條第(一)項規定、第 82 條、第 84 條、經第 4/2019 號法律修改的第 1/1999 號法律第 8 條第 2 款及澳門《行政訴訟法典》第 1 條及第 148 條第 1 款分別準用澳門《民事訴訟法典》第 574 條第 1 款及第 582 條規定及澳門《行政程序法典》第 122 條 2 款 h 項規定所確立「一國兩制」內的由尊敬的中級法院作出第 489/2021 號合議庭裁決已在 2022 年 6 月 20 日轉為確定而針對被執行人具有強制力，其必須履行該合議庭裁決及該裁決優於任何其他行政當局的決定—當中包括行政長官在 2022 年 1 月 21 日於 004/LHC/GSASC/2022 號建議書上作出的批示所設立的中樂團有限公司的行政決定(參見商業登記報告電子版本：文件 8)；

15. 據澳門《行政程序法典》第 122 條 2 款 h 項規定如下：“與裁判已確定之案件相抵觸之行為；”

16. 該規定所指的裁判已確定的案件應包括本案由被執行人於 2022 年 6 月 15 日既明示表達不針對上指合議庭裁決向終審法院提出上訴而服從該裁決，又宣告消滅上指招聘程序；兩者確實是互不相容的內容！

17. 既然被執行人表達不上訴的意願，其已受該裁決所約束而將該裁決的執行力提起產生效果；

18. 正如澳門大學 Cândida da Silva Antunes Pires 教授針對善意原則的理解如下：
「Em boa rigor, trata-se de um princípio imanente a todo o sistema processual que, em outros ordenamentos, por exemplo no italiano, surge numa versão bifronte: como dever de lealdade e proibidade das partes e dos seus defensores, e como poder do juiz, que afinal se cifra no dever de

garantir o rápido e leal desenvolvimento do processo. Aliás, julgamos que o princípio da boa fé integra, do ponto de vista do seu conteúdo, uma vertente que entronca no próprio direito material: o dever de uma respectivo enquadramento jurídico. É que, no plano processual, a alteração, por qualquer das partes, da verdade dos factos, se feita com dolo ou negligência grave, integra a chamada má fé substancial, potenciando a condenação da parte como litigante de má fé (art. 385.º). Trata-se da violação do chamado dever de veracidade, amplamente tratado na doutrina jurídica alemã e que já em J. ALBERTO DOS REIS foi assimilado ao dever de probidade.」

19. 根據澳門《行政訴訟法典》第1條準用澳門《民事訴訟法典》第9條規定如下：“一、當事人應遵守善意原則。二、當事人尤其不應提出違法請求，亦不應陳述與真相不符之事實、聲請採取純屬拖延程序進行之措施及不給予上條規定之合作。”

20. 即使不如此認為，上指合議庭裁決因司法上訴人在2022年6月20日向中級法院提交撤回上訴聲請書而轉為確定，皆因司法上訴人不能違反善意原則而出爾反爾地再次針對上指合議庭裁決提出平常上訴的違法請求（根據澳門《行政訴訟法典》第1條準用澳門《民事訴訟法典》第9條規定）！

21. 正如葡國 Mário Esteves de Oliveira 教授、Pedro Costa Gonçalves 教授及 J. Pacheco de Amorim 教授針對違反既判案的理解如下：「O Código estabelece na alínea h), como motivo autónomo de nulidade de um acto administrativo, a ofensa de caso julgado. O preceito da alínea h) é um reflexo de princípio constitucional da obrigatoriedade das decisões judiciais (art. 208.º da CRP) e supõe, é claro, que se trate de um caso julgado que vincula a Administração, e no âmbito em que a vincula - que, por exemplo, um caso julgado obtido por um utente num processo de intimação a um concessionário de serviço pública, ao abrigo do art. 86.º da Lei de Processo, não vincula a Administração concedente a abrir processo disciplinar ou a sancionar disciplinarmente o seu concessionário com base nos factos que o tribunal considerou infringirem as normas aplicáveis à concessão nem obriga a Administração a interpretar, para o futuro, as normas em causa nos termos em que as entendeu o tribunal, no processo de intimação. Outro apontamento que a norma suscita é o que se prende com a alargamento desta hipótese de nulidade, a qual, antes (nos termos de art. 9.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de Junho) estava prevista apenas para os actos administrativos "praticados em desconformidade com a sentença" proferida em contencioso administrativo. Agora, independentemente da ordem do tribunal autor da sentença, o acto que a ofenda, depois de transitada, é sempre nulo. Casos paradigmáticos de ofensa do caso julgado são,

porém, esses verifica dos no âmbito da execução administrativa das sentenças anulatórias dos tribunais administrativos, revelando-se a categoria, mesmo aí (onde já vem sendo contemplada de há muito) algo complexa. A autoridade de caso julgado das sentenças anulatórias de actos administrativos inclui, para além de um efeito constitutivo (concretizada na anulação), um efeito preclusivo que impede a Administração Pública, em sede de execução, de renovar o acto anulado com reiteração dos vícios que estiveram na origem da anulação (proibição de reincidência nos vícios cometidos) - podendo ver-se sobre os vários efeitos das sentenças anulatórias, VIEIRA DE ANDRADE, Lições de Direito Administrativo e Fiscal, pág. 194. Assim, a sentença anulatória tem um alcance negativo, configurável em torno de uma regra não apenas de compatibilidade ou não contrariedade (cfr. AROSO DE ALMEIDA, Sobre a autoridade do caso julgado das sentenças de anulação de actos administrativos, Almedina, 1994), tornando nulos os actos que com ela sejam incompatíveis, mas também os actos desconformes com o que aí se decidira. Além deste efeito preclusivo das sentenças, pode falar-se, ainda com o referido Aroso de Almeida, de um seu efeito preclusivo complementar, que impede a Administração Pública de renovar um acto anulado quando, invocando novos motivos, não consiga objectivamente demonstrar que eles são outros (diferentes) e qual a razão pela qual não forma inicialmente considerados. Faltando esta demonstração (por via da fundamentação), parece que o acto renovatório deve ser entendido também como praticado com o intuito de defraudar o resultado querido pela sentença anulatória (sendo, por isso, ofensivo do caso julgado e nulo).」

22. 司法決定的強制性的憲法性原則衍生自葡國《憲法》第 208 條規定如下：“在法律規定之情況下，法院之裁判應說明其理由，並應按法律之規定為之。二、法院之裁判對所有公共實體及私人實體具有強制性，且優於任何其他當局之決定。三、法律規範任何當局對法院裁判之執行，並對其不執行而負責任之人訂定適用之處罰。”

23. 考慮澳門已回歸祖國，故據中華人民共和國《憲法》第 31 條第 1 款準用澳門《基本法》第 84 條第 3 款準用經第 4/2019 號法律修改的第 1/1999 號法律第 8 條規定如下：“一、非屬單純事務性的法院裁判，須依據訴訟法律的規定說明其理由。二、法院的裁判對所有公共實體及私人實體均具有強制性，且優於其他當局的決定。三、訴訟法律就任何當局如何執行法院的裁判作出規範，並對不執行法院裁判而須負責任的人訂定應予科處的制裁。”

24. 葡國《憲法》第 208 條規定與中華人民共和國《憲法》第 31 條第 1 款準用澳門《基本法》第 84 條第 3 款準用經第 4/2019 號法律修改的第 1/1999 號法律第 8 條的內容是基本

相同的，從而可見「一國兩制」下的澳門特區法院所作出的司法決定的強制性原則仍適用於澳門特區內；

25. 這樣，被執行人負有自第 489/2021 號合議庭裁決的轉為確定日—2022 年 6 月 20 日—起計 30 日 履行該裁決的法定義務 (根據澳門《行政訴訟法典》第 174 條第 1 款規定)。

II. 已確定裁決的法律效力—創設性效力、重建性效力及確認性效力：

26. 在 2021 年 4 月 26 日，被執行人作出的批示以同意典試委員會主席在 2021 年 4 月 13 日作成的報告書—不接納上訴人 A 對最後成績提出的上訴(參見文件 1)；

27. 在 2021 年 6 月 7 日，請求執行人針對上指批示向澳門特區中級法院提出司法上訴，相應的司法上訴卷宗編號為 489/2021(參見文件 2)；

28. 在 2022 年 5 月 12 日，澳門特區中級法院作出的第 489/2021 號合議庭裁決(參見文件 2)第 33 頁至第 35 頁所言如下：「

2.2.3.

(i)

Finalmente, a Recorrente imputou ao acto recorrido o erro nos pressupostos de facto, porquanto a Administração apenas considerou em sede de experiência profissional os períodos compreendidos entre 5 de Junho de 2017 e 4 de Junho de 2018 e entre 14 de Outubro de 2019 e 11 de Dezembro de 2019, quando, segundo diz, entre Outubro de 2012 e Junho de 2017, a Recorrente trabalhou no Instituto Cultural ao abrigo de contratos que, sendo, na aparência, de prestação de serviços, eram, na realidade, verdadeiros contratos de trabalho.

Neste ponto, julgamos que a pretensão da Recorrente tem bom fundamento.

(ii)

Como resulta da fundamentação do acto recorrido, a experiência profissional da Recorrente considerada foi a respeitante ao tempo de serviço prestado no Instituto Cultural ao abrigo de contrato individual de trabalho entre 5 de Junho de 2017 e 4 de Junho de 2018 e entre 14 de Outubro de 2019 e 11 de Dezembro de 2019.

Ainda de acordo com a mesma fundamentação, após a obtenção de esclarecimentos junto da Divisão de Recursos Humanos e Administrativa do Instituto Cultural, a Recorrente prestou serviços nesse Instituto no período situado entre Outubro de 2012 e Junho de 2017. No entanto, como durante esse tempo a Recorrente não teve uma ligação com a Administração, aquele tempo de serviço não consta do seu registo biográfico e, portanto, não foi ponderado na análise curricular.

Cremos, com todo o respeito, que, ao desconsiderar o tempo de serviço que prestou no Instituto Cultural entre Outubro de 2012 e Junho de 2017, na avaliação curricular da Recorrente, a Administração incorreu em erro manifesto no exercício de poderes discricionários.

Como resulta do disposto na alínea 1) do n.º 1 do artigo 30.º do Regulamento Administrativo n.º 14/2016 e também do ponto n.º 10 do aviso de abertura do concurso, a análise curricular tem por objectivo «examinar a preparação do candidato para o desempenho de determinada função, ponderando a habilitação académica e profissional, a avaliação do desempenho, a qualificação e experiências profissionais, os trabalhos realizados e a formação profissional complementar».

Sendo assim, parece-nos evidente que, independentemente do título jurídico ao abrigo do qual a Recorrente prestou serviços no Instituto Cultural entre Outubro de 2012 e Junho de 2017 (e sabemos todos, na sequência da publicação do Relatório do Comissariado Contra a Corrupção sobre a matéria, e, portanto, a Administração melhor que ninguém, que, ainda que sob uma aparência de contrato de prestação de serviços, a Recorrente, durante aquele período de tempo, trabalhou efectivamente para aquele Instituto), esse tempo de serviço não podia, de forma alguma, ser desconsiderado na análise curricular, por ser do domínio do óbvio, com todo o respeito o dizemos, que o mesmo consubstancia experiência profissional que não podia, ao menos em sede do recurso hierárquico que culminou com o acto recorrido, deixar de ser ponderada ainda que sob o pretexto puramente formal de que o dito tempo não consta do registo biográfico da Recorrente.

A questão não é, em rigor, de erro nos pressupostos de facto (como se sabe, o mesmo ocorre quando haja uma divergência entre os pressupostos de que o autor do acto partiu para prolatar a decisão administrativa final e a sua efectiva verificação na situação em concreto, resultando do facto de se terem considerado na decisão administrativa factos não provados ou desconformes com a realidade, isto é os fundamentos da motivação do acto em causa não existiam ou não tinham dimensão que foi por ele suposta) mas de erro manifesto no exercício de poderes discricionários. Em qualquer caso, constitui, nos termos previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 21.º do CPAC, violação de lei (o erro nos pressupostos de facto também consubstancia violação de lei) geradora da anulabilidade do acto recorrido tal como resulta do disposto no artigo 124.º do Código do Procedimento Administrativo.

3.

Face ao exposto, salvo melhor opinião, parece ao Ministério Público que o presente recurso contencioso deve ser julgado procedente, anulando-se, em consequência, o acto administrativo recorrido.

*

Quid Juris?

Concordamos com a douta argumentação acima transcrita, da autoria do Digno Magistrado do MP junto deste TSI, à qual integralmente aderimos sem reservas, sufragando a solução nela adoptada, entendemos que a decisão recorrida enferma dos vícios imputados e como tal é de conceder provimento ao recurso contencioso, anulando-se o acto recorrido.

*

Síntese conclusiva:

I – No termos da alínea 1) do n.º 1 do artigo 30.º do Regulamento Administrativo n.º 14/2016 e também do ponto n.º 10 do aviso de abertura do concurso, a análise curricular tem por objectivo «*examinar a preparação do candidato para o desempenho de determinada função, ponderando a habilitação académica e profissional, a avaliação do desempenho, a qualificação e experiências profissionais, os trabalhos realizados e a formação profissional complementar*», se a Entidade competente, após a obtenção de esclarecimentos junto da Divisão de Recursos Humanos e Administrativa do Instituto Cultural, sabe que a Recorrente prestou serviços nesse Instituto no período situado entre Outubro de 2012 e Junho de 2017, no entanto, como durante esse tempo a Recorrente não teve uma ligação com a Administração, aquele tempo de serviço não consta do seu registo biográfico e, portanto, não foi ponderado na análise curricular, cometeu erro, já que o mesmo consubstancia experiência profissional e que deve fazer parte do objecto de avaliação.

II – Em rigor, a situação referida não é uma de erro nos pressupostos de facto, mas de erro manifesto no exercício de poderes discricionários, o que constitui, nos termos previstos na alínea d) do n.º 1 do artigo 21.º do CPAC, violação de lei (o erro nos pressupostos de facto também consubstancia violação de lei) geradora da anulabilidade do acto recorrido tal como resulta do disposto no artigo 124.º do Código do Procedimento Administrativo.

*

Tudo visto, resta decidir.

* * *

V - DECISÃO

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do TSI acordam em julgar procedente o recurso, anulando-se a decisão recorrida.]

29. 簡單而言，上指合議庭裁決的理由說明部份內以上指批示在請求執行人的履歷分析內沒有考慮請求執行人在 2012 年 10 月至 2017 年 6 月期間內以提供勞務合同在澳門特區文化局工作及該合同在實際上卻屬於勞動合同的已證事實；

30. 基於此，上指合議庭裁決以上指批示沒有考慮上指事實—其亦屬於上指司法上訴的訴因—而認定上指批示沾有行使自由裁量權出現明顯錯誤的可撤銷瑕疵(根據澳門《行政訴訟法典》第 21 條第 1 款 d 項規定)。

31. 葡國 José Carlos Vieira de Antrade 教授針對司法上訴的判決的創設性效力、重建性效力及確認性效力的理解如下：「2.1. O efeito directo da sentença de provimento do pedido de anulação é o efeito "constitutivo", que se traduz na invalidação do acto impugnado, eliminando-o desde o momento em que se verificou a ilegalidade, isto é, em regra, ressalvados os casos de ilegalidade superveniente, desde a sua prática - eficácia "ex tunc" da sentença. Durante algum tempo, pensou-se que este era o único efeito da sentença anulatória, que era concebida em termos cassatórios ou até como uma espécie de declaração formal da ilegalidade do acto, de acordo com uma interpretação do princípio da separação dos poderes que implicaria a proibição ao juiz de se intrometer no exercício da actividade da Administração, de a condenar ou de lhe dirigir injunções. Porém, esse efeito meramente invalidatório raras vezes era suficiente para satisfazer os interesses do particular, bem como os da reposição da legalidade - praticamente só o poderia ser em casos de anulação de proibições ou de alguns actos ablatórios. Cedo se verificou, pois, que não podia deixar-se à Administração a liberdade de retirar, ou não, as consequências fácticas de decisões anulatórias produzidos com efeitos retroactivos, tal como não era admissível que a Administração pudesse vir a praticar um novo acto, em tudo semelhante ao acto anulado - tudo sob pena de, na grade maioria dos casos, se negar a autoridade e o alcance prático à anulação judicial. Salientou-se, por isso, na doutrina, por um lado, o dever, para Administração, de executar a sentença, pondo a situação de facto de acordo com a situação de direito constituída pela decisão judicial de anulação - isto é, reconheceu-se e definiu-se a existências de um efeito "represtinatório" ou, mais amplamente, de um efeito reconstitutivo ou reconstutivo da sentença, que impõe, na

medida em que tal for necessário e possível (sem grave prejuízo para o interesse público), a reconstituição da situação que teria existido (deveria ter existido ou poderia ter existido) se não tivesse sido praticado o acto ilegal ou se o acto tivesse sido praticado sem a ilegalidade - princípio da reconstituição da situação hipotética actual. Por outro lado, ressalta ainda o dever, para a Administração, de respeitar o julgado, conformando-se com o conteúdo da sentença e com as eventuais limitações que daí derivam para o eventual exercício futuro dos seus poderes - isto é, reconhece-se um efeito conformativo ou preclusivo (ou inibitório) da sentença, que proíbe a "reincidência", excluindo a possibilidade de a Administração praticar um acto idêntico com os mesmos vícios individualizados e condenados pelo juiz administrativo, sob pena de nulidade, por ofensa do caso julgado. É assim que a doutrina e a jurisprudência passam a referir os chamados "efeitos ultra-constitutivos" da sentença de anulação, que se manifestariam no respectivo processo de execução.]

32. 顯而易見, 已轉為確定的第 489/2021 號合議庭裁決產生 追溯性地消滅被執行人在 2021 年 4 月 26 日作出的批示針對請求執行人的履歷分析部份不考慮上指事實的部份的創設性效力(efeito constitutivo)(根據澳門《行政訴訟法典》第 20 條及第 21 條第 1 款 d 項規定);

33. 已轉為確定的第 489/2021 號合議庭裁決亦產生必須使尊敬的被執行人閣下回復至其在 2021 年 4 月 26 日作出的批示前的請求執行人的全部法律狀況的重建性法律效力(efeito reconstitutivo), 該效力必然包括本案所爭議的澳門特區文化局的高級技術員職程第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇一個職缺仍在法律上存在、約束被執行人必須在請求執行人的履歷部份內考慮該等已證事實以作出評分的事實行動、公佈上指職缺的最後成績名單的工具性行為/事實行動及請求執行人的分數高於作為對立利害關係人的 B 的事實前提下而作出委任請求執行人填補澳門特區文化局的高級技術員職程第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇一個職缺 (根據澳門《行政訴訟法典》第 174 條第 3 款規定)。

34. 已轉為確定的第 489/2021 號合議庭裁決產生禁止被執行人重複作出針對請求執行人的履歷分析部份不考慮上指事實的部份的確認性效力(efeito conformativo)(根據澳門《行政訴訟法典》第 174 條第 3 款規定)。

35. 正如被執行人在 2022 年 6 月 15 日所同意的建議書的第 8 點所言如下:「本局尊重上述裁判, 並向司長 閣下建議不提起平常上訴, 根據《行政訴訟法典》第一百七十四條第 1 款, 待裁判確定後, 本局必須於三十日內執行上述裁判的內容, 重新處理司法上訴人對第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇開考提出的上訴, 典試委員會須要按有關開考的適用法例重新分

析上訴人的履歷，並必須考慮其在 2012 年 10 月至 2017 年 6 月期間的服務時間，並重新將最後成績名單刊登公報及進行任用程序。」(粗體字、斜體字及底下橫線是本人自行加上)(參見文件 7—附件 2)

36. 遺憾的是，被執行人至今仍未作出上指必須考慮請求執行人在 2012 年 10 月至 2017 年 6 月期間的服務時間以重新分析上訴人的履歷以訂定最後成績名單及將其刊登公報及進行相關任用程序的事實行動。

III. 宣告消滅招聘程序的批示不屬於不執行的正當原因—“合併處理”

37. 被執行人在 2022 年 6 月 15 日作出批示如下：「1. 同意本建議書第 13 點所載的建議，根據《行政程序法典》第一百零三條第二款 b)項的規定，宣告相關開考程序消滅。2. 交文化局依法作出通知。」(參見文件 7—附件 2)；

38. 上指建議書的第 8 點至第 13 點內容完全轉錄如下：

「8. 本局尊重上述裁判，並向司長 閣下建議不提起平常上訴，根據《行政訴訟法典》第一百七十四條第一款⁴，待裁判確定後，本局必須於三十日內執行上述裁判的內容，重新處理司法上訴人對第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇開考提出的上訴，典試委員會須要按有關開考的適用法例重新分析上訴人的履歷，並必須考慮其在 2012 年 10 月至 2017 年 6 月期間的服務時間，並重新將最後成績名單刊登公報及進行任用程序。

9. 然而，在有關司法上訴期間，出現了情事變更，根據第 41/2021 號行政法規有關修改第 20/2015 號行政法規《文化局的組織及運作》(附件 6)第二條及第三條第二款的規定，廢止第 20/2015 號行政法規第十八條第一款(五)項“為擴展和推廣澳門樂團及澳門中樂團提供所需的條件”並自 2022 年 2 月 1 日起產生效力，澳門樂團和澳門中樂團已於 2022 年 2 月 1 日起正式脫離文化局，而特區政府亦已設立澳門樂團有限公司負責管理和營運兩樂團。

10. 鑑於澳門中樂團已脫離文化局，本局不再具備相關職能，由於該開考是為澳門中樂團進行招聘，自 2022 年 2 月 1 日起有關招聘程序所擬達至的目的不能，故根據《行政程序法典》第一百零三條第二款 b)項的規定，權限實體有權宣告消滅高級技術員職程第一職階二等高級技術員音樂(中樂)—範疇一缺的對外開考(編號：2019-IC-TS-MC-1)。

11. 若上級同意消滅上述招聘程序，將無法執行中級法院的裁判。

12. 根據《行政訴訟法典》第一百七十五條之規定，由於澳門中樂團於 2022 年 2 月 1 日脫離文化局，有關招聘程序所擬達至的目的不能，出現了嗣後無用的事實，相關招聘(編號：2019-IC-TS-MC-1)程序被消滅，因此，有正當原因不執行有關裁判—“重新處理司法上訴人(A)對有關招聘〔第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇〕提出的上訴，並且必須將不執行有關

裁判(中級法院卷宗編號: 489/2021)的依據(消滅有關招聘程序)通知利害關係人(A)及對立利害關係人(B)

13. 鑑此, 現謹向上級建議, 呈請社會文化司司長批准如下: 一、同意不向終審法院就中級法院裁判(卷宗編號: 489/2021)提起平常上訴。二、行使經第 87/2021 號行政命令修改的第 183/2019 號行政命令第一款的權限, 根據《行政程序法典》第一百零三條第二款 b)項的規定, 因所擬達至的目的不能, 宣告消滅刊登於 2019 年 11 月 13 日第 46 期《澳門特別行政區公報》第二組, 進行統一管理制度的專業或職務能力評估對外開考, 以行政任用合同制度填補高級技術員職程第一職階二等高級技術員音樂(中樂範疇)一個職缺的招聘程序(編號: 2019-IC-TS-MC-1)。】(粗體字、斜體字及底下橫線是本人自行加上)(參見文件 7—附件 2);

39. 實際上, 被執行人知悉尊敬的中級法院在 2022 年 5 月 12 日作出合議庭裁決裁定上訴理由成立及撤銷被訴決定—即被執行人於 2021 年 4 月 26 日所作出的批示, 上指合議庭裁決由 2022 年 6 月 20 日由司法上訴人提交撤回上訴聲請書而不能再針對該裁決提出平常上訴及不能按澳門《民事訴訟法典》第 571 條及第 572 條分別所規定的針對上指合議庭裁決而提出判決無效爭辯、針對判決聲請解釋及針對判決聲請糾正的法律手段而轉為確定, 被執行人卻在 2022 年 6 月 15 日作出宣告消滅招聘程序的批示(參見: 文件 7—附件 2, 以及參見刊登於 2022 年 7 月 6 日澳門特別行政區公報—第二組: 文件 9)是違反中華人民共和國《憲法》第 31 條準用澳門《基本法》第 67 條、第 70 條第(一)項規定、第 82 條、第 84 條、經第 4/2019 號法律修改的第 1/1999 號法律第 8 條第 2 款、澳門《行政訴訟法典》第 1 條及第 148 條第 1 款分別準用澳門《民事訴訟法典》第 574 條第 1 款及第 582 條規定及澳門《行政程序法典》第 122 條 2 款 h 項規定所確立「一國兩制」的作為司法機關的法院作出的上指作為嗣後轉為確定的合議庭裁決而屬無效, 皆因該等規定均屬強制性規定(根據澳門《行政程序法典》第 122 條 2 款 h 項及澳門《民法典》第 287 條規定);

40. 屬於獨立性行政法規的第 41/2021 號行政法規違反中華人民共和國《憲法》第 31 條準用澳門《基本法》第 8 條準用澳門《行政程序法典》第 105 條、第 108 條第 1 款及第 2 款、第 2 條第 4 款及第 5 款準用第 3 條、第 4 條、第 7 條、第 8 條及第 10 條與第 13/2009 號法律第 3 條第 2 款規定而屬無效(據澳門《民法典》第 287 條規定)。

41. 這樣, 上指批示適用上指無效的第 41/2021 號行政法規而作出, 故該批示亦沾有法律前提錯誤的瑕疵(參見: 文件 7—附件 2, 以及參見刊登於 2022 年 7 月 6 日澳門特別行政區公報—第二組: 文件 9);

42. 在 2022 年 1 月 21 日, 行政長官 閣下針對第 004/LHC/GSASC/2022 號建議書上

作出之批示以設立一間中文名稱為澳門樂團有限公司(參見商業登記報告電子版本：文件 8)

43. 尊敬的行政長官 閣下作出批示以設立上指公司違反中華人民共和國《憲法》第 31 條第 1 款準用澳門《基本法》第 5 條及第 114 條第 1 款規定的澳門特區走資本主義道路及工商企業的自由經營，皆因以龐大的公共資源開設公司而侵犯自由經濟市場、不公平的競爭及侵犯私人在音樂的商業市場上的經營性，私人如何能夠與龐大公共資源的特區所開設的上指公司與民爭利而存在公平商業競爭環境；

44. 同時，尊敬的行政長官 閣下在 2022 年 1 月 21 日針對第 004/LHC/GSASC/2022 號建議書上作出之批示是違反中華人民共和國《憲法》第 31 條第 1 款準用澳門《基本法》第 5 條、第 114 條第 1 款、第 8 條準用澳門《商法典》第 9 條 a 項及第 10 條規定、第 20/2015 號行政法規第 2 條第二項、第六項、第九項、第十項、第十三項及第十七項及第 40/2021 號行政法規第 3 條規定，皆因作為澳門特區公法人轄下的文化局及文化發展基金會的公法人所訂定的職責是必須承擔推廣、促進、支持、發展及執行文化政策以運用特區資源以發展澳門特區的音樂(包括：中樂和西樂)的文化藝術，不能以設立公司及使澳門特區作出該公司的絕對控權股東而規避作為不以物質利益為目的之法人的澳門特別行政區的公法人不能取得商業企業主資格的方式而與民爭利(參見商業登記報告電子版本：文件 8)。

45. 由於澳門特區公法人—表意人—及由其轄下文化發展基金的公法人—受意人—合意訂立一份組織公司合同的法律行為以設立上指公司及以股東身份向上指公司作出出資的行為的法律行為似乎瞞騙公眾(包括：司法上訴人)，使公眾(包括：司法上訴人)相信澳門特區公法人不是商事主體及不取得商業企業主身份，實際上，澳門特區公法人屬於該公司的絕對控權股東以成為該公司的最終獲得利益者，一切都是屬於澳門特區公法人而使該合同及出資行為屬無效(根據澳門《民法典》第 232 條規定)(參見：文件 8)；

46. 同時，上述兩個法律行為背後隱藏澳門特區公法人本身設立上指公司的法律行為，該法律行為符合法定要式(依據澳門《商法典》第 177 條)，但其符合澳門《商法典》第 4 條準用澳門《民法典》第 233 條第 3 款但書部份，這建基於澳門特區公法人本身不能成為商事主體及不能取得商業企業主的身份資格(澳門《商法典》第 9 條 a 項及第 10 條規定)，其更不能違反作為公法人的澳門特別行政區僅可以謀求公共利益而建立一個由現任國家主席習近平先生遵從前國家領導人鄧小平先生所確立的走市場自由經濟的資本主義道路為澳門特區的法定目的(中華人民共和國《憲法》第 31 條第 1 款準用澳門《基本法》第 5 條及第 114 條第 1 款規定)，從而使設立上指公司的法律行為的要式必須使公眾(包括：司法上訴人)知悉該公司的必須公開予公眾的信息以確保交易第三者的安全，皆因該要式亦是要求設立行為所建基的設立文件是符合真實及按照

澳門《商業登記法典》進行作為法人商業企業主的公司的登記所必須公開的資訊，從而基於登記而具有推定真實性的法律效果(據澳門《商業登記法典》第 1 條、第 5 條 a 項、第 8 條、第 9 條第 2 款 a 項規定)，故該隱藏的上指由澳門特區公法人設立的上指公司屬無效!

47. 這樣，上指批示所認可的建議書的第 13 點的實質結果是建基該建議書的第 9 點至第 12 點的事實依據屬於嗣後出現無效的第 41/2021 號行政法規及尊敬的行政長官閣下在 2022 年 1 月 21 日作出的批示以設立一間澳門樂團有限公司的行為屬虛偽行為而屬無效情況下，被訴批示錯誤認定“澳門樂團和澳門中樂團”已離開澳門特區文化局(轄下的演藝發展廳)的事實，從而沾有事實前提錯誤的瑕疵(根據澳門《行政訴訟法典》第 21 條第 1 款 d 項)。

48. 而且，上指批示剝奪澳門《行政程序法典》第 4 條、第 10 條及第 93 條所賦予司法上訴人針對為謀求公共利益而作出的被訴批示被作出前所享有的聽證權的基本權利，從而在被訴批示作出前發表意見，繼而沾有澳門《行政程序法典》第 122 條第 2 款 d 項規定的無效瑕疵，故該批示亦是沾有法律前提錯誤的瑕疵(根據澳門《行政訴訟法典》第 21 條第 1 款 d 項規定)，皆因違反該法典第 4 條所規定的參與原則、第 10 條所規定的尊重權利及受法律保護利益以謀求公共利益原則及第 93 條規定而沾有可撤銷瑕疵(根據澳門《行政程序法典》第 124 條規定)(參見：文件 7—附件 2，及文件 9)。

49. 澳門特區中級法院在 2001 年 2 月 1 日作出第 1153/A 號合議庭裁決摘要如下：「

1. A sentença anulatória de um acto administrativo é de natureza constitutiva. E o caso julgado formado dela tem como principais características a obrigatoriedade e a executoriedade.

2. O que contitui caso julgado é a decisão e não os motivos ou fundamentos dela, porque a sentença constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga e a imutabilidade da decisão só abrange a causa de pedir invocada e conhecida pelo tribunal.

3. Para além do seu efeito anulatório consistente na eliminação retroactiva do acto administrativo, a sentença anulatória produz efeito executório do qual resulta para a Administração activa o dever de extrair todas as consequências jurídicas da anulação, ou seja, o dever jurídico de executar a sentença do tribunal administrativo.

4. E como o contencioso administrativo de Macau está organizado como um contencioso de anulação, à luz do qual o tribunal, no caso de considerar o acto ilegal ou inválido, se limita a anular o acto (cf. art.º 20.º do CPAC), assim, o que tiver de ser feito a partir daí compete à Administração activa.

5. É , pois, à Administração activa que cabe o dever de executar a decisão anulatória,

consistente na obrigação de praticar todos os actos jurídicos e todas as operações materiais que sejam necessários à reintegração da ordem jurídica violada, traduzida, para actos negativos, não no dever legal de repor o particular na situação anterior à prática do acto ilegal como acontece para actos positivos, mas sim no dever de reconstituir a situação que actualmente existiria se o acto ilegal não tivesse sido praticado - a chamada reconstituição da situação actual hipotética (cf. art.º 174.º, n.º 3, do CPAC).

6. O dever de executar uma sentença anulatória cessa quando se está perante uma causa legítima de inexecução que se reconduz a situações excepcionais que tornam lícita a inexecução de uma sentença, obrigando, porém, a Administração a pagar uma indemnização compensatória ao titular do direito à execução, por causa da sua responsabilidade por acto lícito (cf. art.ºs 174.º, n.º 1, 175.º, 184.º, n.º 4 e 185.º do CPAC).

7. Face à lei positiva, são dois os casos de inexecução lícita de sentença anulatória de acto ilegal (cf. art.º 175.º, n.º 1, do CPAC): 1) a impossibilidade absoluta de cumprimento da sentença e 2) a verificação de grave prejuízo para o interesse público com o cumprimento da sentença.

8. Assim, para a verificação de inexecução ilícita de uma sentença anulatória, é necessário que a Administração Pública não cumpra a sentença e que não exista, em simultâneo, nenhuma causa legítima de inexecução (cf. art.ºs 184.º, n.º 1, do CPAC).

9. Contra a inexecução ilícita, consagram-se os seguintes tipos de garantias consagradas na lei positiva:

- o poder jurisdicional de declaração dos actos devidos (art.º 184.º, n.º 2, segunda parte, do CPAC);

- e a responsabilidade disciplinar, civil e penal dos órgãos ou agentes da Administração sobre quem recai o dever de executar (cf. art.º 187.º, n.º 1, als. b) e c), e n.º 2, do CPAC).]

50. 綜上所述，被執行人在 2022 年 6 月 15 日作出批示所同意的建議書第 8 點至第 13 點依據不構成第 489/2021 號合議庭裁決的不執行的正當原因，該因該第 8 點至第 13 點的依據完全違法及該等依據絕對不屬於出現絕對及最終不能執行該裁決的原因(根據澳門《行政訴訟法典》第 174 第 1 款規定)。

51. 澳門特區中級法院 José Cândido de Pinho 法官 閣下針對嚴重損害公共利益的

理解如下：「6 - O outro fundamento é o grave prejuízo para o interesse público. Existirá ele se a lesão em causa que possa provir da execução for indubitavelmente perniciosa e superior ao dano que resultaria para o particular da não execução. Um tal prejuízo tem que ser grave (e não apenas sério), no sentido de que o interesse público relevante não se compadece minimamente com a restauração da situação actual hipotética ou com a reintegração efectiva da ordem jurídica violada que adviria da execução de sentença. Ou seja, este fundamento para a inexecução legítima não parte, obviamente, da impossibilidade da execução - na realidade, ela é possível - mas da existência de uma situação-limite, de grande excepcionalidade, que justifique o incumprimento. O que subjaz a esta invocação não é um incumprimento culposo, mas um não cumprimento ditado por razões de grande sacrifício, de fortes danos, que adviriam para o interesse público em presença. Dito isto, não são suficientes argumentos respeitantes à dificuldade para o erário público, motivos ligados aos prejuízos financeiros (em sentido diferente, porém, Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Vol. I, pág. 304). Também não bastam causas relacionadas com o enorme volume de serviço, assim como não serve invocar a gigantesca carga de trabalho, canseiras e consumições que a execução irá provocar. As dificuldades para o interesse público que estão implícitas na norma são aquelas que, na ponderação dos interesses conflitantes - do particular exequente e da Administração executada -, mostram um decisivo desequilíbrio negativo para esta. O sacrifício para esta há-de ser especial e preponderante. Ora, este quadro abstracto assim configurado, tem que apresentar uma correspondência real inquestionável. Não servirá ao propósito do legislador a simples invocação deste grave prejuízo desprovido de factualidade caracterizadora; quem o invocar deverá traduzir a alegação em factos substancialmente densos que revelem a verdadeira dimensão do dano para os interesses público defendidos pelo órgão administrativo em apreço. Na medida em que se impõe um balanço entre o direito subjectivo à execução (com os correspondentes ou inerentes interesses) e o dever de defender o interesse público, forçoso é que o tribunal se muna de especiais cuidados na apreciação da invocação, isto é, na densificação do alegado grave prejuízo, de modo a estabelecer, sob o domínio do princípio da proporcionalidade, a melhor e mais perfeita síntese do que está em conflito. É que, como sublinha Freita do Amaral, ditam este fundamento "razões pragmáticas e de bom senso" (Direito Administrativo, vol. IV, pág. 244).

52. 本案中，請求執行人要求被執行人履行遵守中華人民共和國《憲法》及澳門《基

本法》的公共利益及嚴格遵守司法決定的強制性原則，立即執行第 489/2021 號合議庭裁決的憲法性義務，從而確保「一國兩制」的法律制度不被破壞及保護請求執行人成為公務員的主觀權利的公共利益是極其崇高的，故執行該裁決不會損害公共利益及維護澳門特區政府依法施政的威信的公共利益；

53. 這樣，執行第 489/2021 號合議庭裁決並不構成任何公共利益的損害，更遑論執行該裁決將會對公共利益構成嚴重損害(依據澳門《行政訴訟法典》第 174 第 1 款規定的反面解釋)。

54. 相反，不執行第 489/2021 號合議庭裁決對澳門特區公共利益構成嚴重損害及違反中華人民共和國《憲法》及澳門《基本法》所確立的「一國兩制」內禁止作出上指批示的行政行為亦可以在「一國兩制」的法律制度下繼續存在及有效，從而令人感到極其震驚及使「一國兩制」的法律制度所確立的遵守憲法義務的守法意識變得蕩然無存。

55. 基於此，請求執行人已在 2022 年 8 月 30 日針對上指批示向中級法院提出司法上訴，相關司法上訴卷宗編號：621/2022(參見文件 10 及 11)；

56. 依據澳門《行政訴訟法典》第 184 條第 2 款及第 3 款規定，上指批示違反第 489/2021 號合議庭裁決，針對上指批示而提出的司法上訴卷宗應須本執行案合併審理。

IV. 命令被執行人作出評定分數的事實行動—以執行第 489/2021 號合議庭裁決：

57. 根據澳門《行政訴訟法典》第 174 條第 3 款規定的中文版如下：“遵行裁判係指視乎情況作出一切對有效重建被違反之法律秩序，及對回復原會出現之狀況屬必需之法律上之行為及事實行動。”

58. 依據澳門《行政訴訟法典》第 174 條第 3 款的規定的葡文版如下：“O cumprimento consiste na prática de todos os actos jurídicos e operações materiais que sejam necessários, conforme as hipóteses, à reintegração efectiva da ordem jurídica violada e à reposição da situação actual hipotética.”。

59. 請求執行人已參與文化局第 2019-IC-TS-MC-1 號開考程序(以行政任用合同制度填補高級技術員職程第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇一個職缺，以及填補開考有效期屆滿前本局出現的職缺)，其開考通告載於 2019 年 11 月 13 日第 46 期澳門特別行政區公報第二組，第 19248 至 19253 頁；

60. 開考通告提到甄選方法共有三項：

“9. 甄選方法

a) 第一項甄選方法——知識考試 (筆試，時間為三小時)，具淘汰性質；

b) 第二項甄選方法——甄選面試，具淘汰性質；

c) 第三項甄選方法——履歷分析。

若投考人缺席或放棄任何一項考試，即被除名。”

61. 在 2020 年 7 月 15 日第 29 期澳門特別行政區公報第二組，公告了知識考試(筆試)成績名單已張貼於澳門塔石廣場文化局大樓內之告示板，並上載於文化局網頁及行政公職局網頁：

序號 N.º	姓名 Nome		成績 Classificação
1	B	5202XXX	63.0
2	A	5138XXX	50.0

62. 在 2020 年 10 月 7 日第 41 期澳門特別行政區公報第二組，公告了甄選面試成績名單已張貼於澳門塔石廣場文化局大樓內之告示板，並上載於文化局網頁及行政公職局網頁：

序號 N.º	姓名 Nome		成績 Classificação
1	B	5202XXX	<u>55.0</u>
2	A	5138XXX	<u>81.0</u>

63. 在 2021 年 3 月 17 日第 11 期澳門特別行政區公報第二組，公告了最後成績名單如下：

合格的投考人：

名次	姓名	最後成績
1.º	B 5202XXXX	60.60
2.º	A 5138XXXX	60.10

64. 第 489/2021 號合議庭裁決已清楚指出被執行人沒有在請求執行人的履歷分析內考慮、請求執行人在 2012 年 10 月至 2017 年 6 月期間內以提供勞務合同在澳門特區文化局工作及該合同在實際上卻屬於勞動合同的已證事實，從而給予請求執行人 60.60 分數的最後成績而

沾有行使自由裁量權的明顯錯誤的瑕疵；

65. 換言之，被執行人執行該裁決是必須評定請求執行人的最後成績是必然高於作為對立利害關係人的 B 的最後成績，皆因透過上述事實的分析已能明確反映該事實性結論；

66. 葡國 Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro 法官 閣下及澳門特區中級法院 José Cândido de Pinho 法官 閣下針對法律上之行為、實質事實或事實行動及單純法律事實的理解如下：「Ora, um acto jurídico é uma manifestação de vontade ou de ciência de um sujeito jurídico que por natureza resulta na produção de efeitos de direito. Tratando-se duma conduta humana voluntária produzida com o desígnio de desencadear transformações na ordem jurídica, fora do conceito de acto administrativo ficam os factos ou operações materiais, que são condutas que não produzem efeitos de direito e os meros factos jurídicos, cujos efeitos jurídicos deles decorrentes caso os factos naturais, dos quais o mais importante é o tempo e os factos humanos involuntários, como o nascimento e a morte.」

67. 葡國 Diogo Freitas do Amaral 教授針對的事實行動(operações materiais)及行政作為(actuação administrativa)的理解如下：

「Em primeiro lugar, o acto administrativo é um acto jurídico, ou seja, uma conduta voluntária produtora de efeitos jurídicos. Dentro dos factos jurídicos em sentido amplo figuram várias realidade e, nomeadamente, os actos jurídicos⁴⁰¹. O acto administrativo é, pois, um acto jurídico, sendo-lhe em regra aplicáveis os princípios gerais de direito referentes a todos os actos jurídicos. Por outro lado, e uma vez que o acto administrativo é um acto jurídico em sentido próprio, isso significa que ficam de fora do conceito, sob este aspecto:

- 1) Os factos jurídicos involuntários;
- 2) As operações materiais, posto que não são actos voluntários e apenas se traduzem em factos;
- 3) as actividades juridicamente irrelevantes.

Daí resulta que nenhuma destas categorias de factos ou actividades é susceptível de acção impugnatória perante os tribunais administrativos nem está, por outro lado, submetida ao regime procedimental e substantivo da figura do acto administrativo constante do CPA - salvo, em parte, no que respeita às operações materiais: estas devem conformar-se com os princípios e normas daquele diploma que concretizem preceitos constitucionais, já que eles se aplicam a toda e qualquer actuação administrativa e, portanto, também à actividade técnica: cfr. art 2.º, n.º 5 do CPA⁴⁰²

(v. infra).」

68. 綜上所述，尊敬的中級法院必須命令被執行人作出必須評定請求執行人的最後成績是必然高於作為對立利害關係人的B的最後成績的評分的事實行動，皆因該行為僅建基於針對上指已證事實的解讀及將憲法性原則具體直接實現在本案當中。

請求：

懇請尊敬的中級法院法官 閣下接納如下競合請求：

1. 依法通知被執行人；
2. 依法將編號為：621/2022 司法上訴卷宗以附案方式合併在本執行案內審理；
3. 宣告消滅招聘程序的批示違反第 489/2021 號合議庭裁決而屬無效；
4. 命令被執行人執行第 489/2021 號合議庭裁決；
5. 命令被執行人作出評分行政行為—必須考慮請求執行人在 2012 年 10 月至 2017 年 6 月期間的服務時間以重新分析上訴人的履歷及訂出請求執行人的最終成績分數高於對立利害關係人的 B 的最終成績的事實行動；
6. 命令被執行人作出上指事實行動後作出最後成績名單的事實行動；
7. 命令被執行人將上指最後成績名單的事實行動刊登在《澳門特別行政區公報》；
8. 命令被執行人作出委任請求執行人填補澳門特區文化局的高級技術員職程第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇一個職缺(編號為 2019-IC-TS-MC-1 開考程序)及一如既往作出公正裁決！

*

A Senhora Secretária para os Assuntos Sociais e Cultura,
Entidade Executada, ofereceu a resposta constante de fls. 118 a 133, tendo formulado as seguintes conclusões:

➤ 被執行實體自發遵守已確定的裁判

1. 於 2022 年 5 月 12 日，中級法院合議庭對第 489/2021 號卷宗司法上訴作出裁判，裁定執行人於該司法上訴的請求成立，撤銷被執行實體確認文化局第 2019-IC-TS-MC-1 號開考程序(即刊登於 2019 年 11 月 13 日《澳門特別行政區公報》第 46 期第二組，進行統一管理制度的專業或職務能力評估對外開考，以行政任用合同制度填補高級技術員職程第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇一個職缺的招聘程序)最後成績的批示。

2. 上述裁判內容指出負責該開考的典試委員會審查執行人履歷時存有瑕疵，在行使

自由裁量權時明顯錯誤，撤銷上述確認最終成績的批示；按該裁判內容及其效力，根據適用的第 23/2017 號行政法規修改的第 14/2016 號行政法規，該開考程序應“回到”典試委員會進行履歷分析的甄選方法階段，而原來最後成績第一名的投考人在上述批示作出至今未獲聘用。

3. 在第 489/2021 號卷宗司法上訴的待決期間，出現了以下情事變更，第 41/2021 號行政法規刊登於 2021 年 11 月 29 日《澳門特別行政區公報》第 48 期第一組，內容是修改第 20/2015 號行政法規《文化局的組織及運作》，於 2022 年 1 月 1 日生效；該行政法規第 3 條第 2 款規定，“...廢止第 20/2015 號行政法規第十八條第一款（五）項的規定自二零二二年二月一日起產生效力。”，而被廢止的第 20/2015 號行政法規第十八條第一款(五)項的內容為“一、演藝發展廳具下列職權：...（五）為擴展和推廣澳門樂團及澳門中樂團提供所需的條件。”；而澳門樂團有限公司於 2022 年 1 月下旬設立，該公司所營事業詳見其章程第三條規定：“一、公司的所營事業為：(一)組織、管理並營運澳門樂團及澳門中樂團的業務；(二)開展多元音樂藝術普及教育和推廣活動；(三)組織和參與有益於文化藝術發展的本地或外地的演出與交流活動；(四)開展有利於音樂人才培養的項目，但須經為此召開的股東會議決和明示許可。三、為推行公司所營事業，公司可與公共或私人實體開展和訂立合作協議，以及對其他公司、財團或其他方式的組合出資。”

4. 執行人獲悉中級法院第 489/2021 號卷宗司法上訴的裁判後，提起平常上訴但又撤回。綜上事實，作以下簡單說明在該裁判作出後，本案雙方作出各行為的時間：中級法院合議庭於 2022 年 5 月 12 日對該院第 489/2021 卷宗司法上訴作出裁判，執行人於 2022 年 5 月 27 日對該裁判提起平常上訴，於 2022 年 6 月 7 日獲接納(根據現行《行政訴訟法典》第 155 條第 1 款，提起上訴對裁判具中止效力。)；被執行實體於 2022 年 6 月 15 日作出消滅開考批示；執行人於本年 6 月 20 日提交撤回上訴聲請書，於 2022 年 7 月 8 日獲接納。

5. 從上述時間清晰明確可知，作出消滅開考批示之日，仍處於執行人提出上訴中止裁判效力的期間內。

6. 即使作出消滅開考批示之日仍處於上述裁判中止效力的期間內，但被執行實體尊重及接納該裁判的法律見解及內容，並基於情事變更的事實而作出消滅開考批示，其內容包括：“一、同意不向終審法院就中級法院裁判(卷宗編號：489/2021)提起平常上訴。二、行使經第 87/2021 號行政命令修改的第 183/2019 號行政命令第一款的權限，根據《行政程序法典》第一百零三條第二款 b)項的規定，因所擬達至的目的不能，宣告消滅刊登於 2019 年 11 月 13 日第 46 期《澳門特別行政區公報》第二組，進行統一管理制度的專業或職務能力評估對外開考，以行政任用合同制度填補高級技術員職程第一職階二等高級技術員音樂(中樂範疇)一個職缺的招聘程序(編號：2019-IC-TS-MC-1)。”

7. 被執行實體亦批示文化局將上述事實依法作出通知，執行人及其訴訟代理人獲悉後更向中級法院提起第 621/2022 號司法上訴；而文化局亦有透過第 0397/IC-DOGAF/OFI/2022 號公函通知審理第 489/2021 號卷宗司法上訴的中級法院法官 閣下。

8. 從上可知，被執行實體在獲悉中級法院第 489/2021 號卷宗司法上訴的裁判後，沒有作出任何抵觸該裁判的行為，反而按實際情況及符合公共利益前提下，依法作出消滅開考批示。

9. 而對於執行人稱消滅開考批示違反嗣後轉為確定的合議庭裁判，屬本澳現行《行政程序法典》第 122 條第 2 款 h)項規定的無效行為，被執行實體對此不予認同。

10. 首先，執行人提出違反嗣後已轉為確定裁判的行為不等同《行政程序法典》第 122 條第 2 款 h)項“與裁判已確定之案件相抵觸之行為”所指的無效行為。

11. 根據本澳中級法院第 151/2022 號卷宗合議庭裁判書所載的法律見解：“*Em esteira, e interpretando a alínea h) do n.º2 do art.122.º do CPA em coerência com a alínea a) do n.º1 do art.187.º do CPAC, inclinamos a colher que a ofensa do caso julgado consagrada na dita h) abrange não só a repetição do vício determinante da anulação, da declaração da nulidade ou da declaração da inexistência jurídica, mas também o desrespeito (em sede da execução dessa sentença) por qualquer dos sobredito efeitos.*”(見該裁判書第 24 頁，粗體字型及下劃線為後加)

12. 不論消滅開考批示在中級法院第 489/2021 號卷宗司法上訴的裁判轉為確定前或之後作出，被執行實體沒有重複作出該裁判所指具瑕疵的行為；由於情事變更，最終不能執行重建的開考程序，被執行實體作出消滅開考批示及該批示內容沒有違反或抵觸已轉為確定的裁判，故不屬於《行政程序法典》第 122 條第 2 款 h)項所指的無效行為。

➤ 不執行的正當原因

13. 對於本案標的對外開考，根據時任**社會文化司司長**分別作批示的文化局第 0039/DOGAF-DRHA/2019 號建議書及第 0382/DOGAF-DRHA/2019 號建議書所述，是基於當時仍在文化局轄下澳門中樂團所需而招聘音樂(中樂)範疇高級技術員；

而按文化局第 2019-IC-TS-MC-1 號開考程序對外公開的開考通告第 3 點(職務內容)所述“進行音樂(中樂)範疇的科學技術研究並撰寫意見書，為決策提供依據；參與分析項目或計劃的會議；參與構思、撰寫計劃及其實施；應用科學技術的方法及程序；根據研究和數據的處理，提出解決方法；監督和協調藝術策劃工作；協助樂團發展及負責音樂會策劃工作，與演出單位進行溝通；策劃及執行與樂季計劃相關活動。”，亦清晰說明招聘的高級技術員職務是處理及協助澳門中樂團相關的工作。

14. 如前所述，第 41/2021 號行政法規廢止原屬文化局“為擴展和推廣澳門樂團和澳門中樂團提供所需的條件”的職能，並於 2022 年 2 月 1 日生效，於同日起，澳門樂團和澳門中樂團亦脫離文化局，並由澳門特別行政區於 2022 年 1 月下旬設立的澳門樂團有限公司管理和營運澳門樂團和澳門中樂團，換言之，文化局自 2022 年 2 月 1 日起，架構內再沒有澳門中樂團相關職能及相關職位空缺需要。

15. 綜上，當行政長官透過第 41/2021 號行政法規廢止文化局有關職能後，被執行實體按第 183/2019 號行政命令獲授予具執行社會文化施政領域的權限，亦作為文化局的監督實體，必然需要依法重新檢視及規劃文化局行政、財政，以及人員的安排。

16. 因此，原屬文化局“為擴展和推廣澳門樂團和澳門中樂團提供所需的條件”的職能被第 41/2021 號行政法規廢止的情況下、在行政長官決定以設立澳門樂團有限公司繼續謀求該範疇的公共利益下，被執行實體不能作出任何違反該行政法規及違背澳門特區施政的行政決定！

17. 總括而言，由於上述開考程序所擬達致的目的，是為當時仍在文化局轄下澳門中樂團所需而招聘音樂(中樂)範疇高級技術員，而中級法院對第 489/2021 號卷宗司法上訴作出裁判後，撤銷確定該開考最終成績的批示，而且由於在上述司法上訴的待決期間，第 41/2021 號行政法規廢止原屬文化局“為擴展和推廣澳門樂團和澳門中樂團提供所需的條件”的職能，並由澳門特別行政區於 2022 年 1 月下旬設立的澳門樂團有限公司管理和營運澳門樂團和澳門中樂團，由於該等情事變更，被執行實體在獲悉上述裁判後，絕對及最終不能重建上述開考程序，故根據本澳現行《行政程序法典》第 103 條第 2 款 b)項規定，作宣告消滅該開考程序的批示，是基於客觀事實、具法律依據、符合澳門特區施政、謀求公共利益及具正當原因。

➤ **關於行政長官頒佈第 41/2021 號行政法規及設立澳門樂團有限公司**

18. 對於執行人提到第 41/2021 號行政法規無效，以及行政長官批示設立澳門樂團有限公司的行為屬虛偽行為而屬無效，被執行實體對此不能作出任何認同。

19. 如前所述，第 41/2021 號行政法規廢止原屬文化局“為擴展和推廣澳門樂團和澳門中樂團提供所需的條件”的職能，於 2022 年 2 月 1 日生效；同時澳門樂團和澳門中樂團亦脫離文化局，並由 2022 年 1 月下旬設立的澳門樂團有限公司管理和營運澳門樂團和澳門中樂團。

20. 根據《基本法》第 50 條(一)項規定，賦予行政長官行使領導澳門特別行政區政府的職權，因此，行政長官具有行政裁量權決定屬於澳門特別行政區政府的文化局所具有職能、職責及謀求的公共利益。

21. 按澳門特別行政區政府行政會於 2021 年 11 月 26 日發佈的“行政會完成討論《修改第 20/2015 號行政法規〈文化局的組織及運作〉》行政法規草案”新聞稿所述：

“...澳門樂團和澳門中樂團多年運作實踐證明，以公共行政管理制度操作難以配合樂團的工作特質，為整體提升樂團藝術水平，有需要將其營運及管理方式脫離一般公共行政制度，以公司形式運作，這對樂團日後在提升演出水平、進行國際交流合作、培養藝術人才等方面均起到積極作用。”(詳見：<https://www.gov.mo/zh-hant/news/836545/>)。

22. 因此，行政長官根據《基本法》第 50 條(五)項所賦予的職權，經徵詢行政會意見，制定及頒佈第 41/2021 號行政法規，廢止了原屬文化局“為擴展和推廣澳門樂團和澳門中樂團提供所需的條件”的職能。

23. 而原屬於文化局轄下的澳門樂團及澳門中樂團，並沒有任何法律法規規範其設立、組織及運作，亦即是說，對於如何落實該等事宜，完全屬於行政當局的行政裁量權。

24. 按澳門《基本法》第 16 條及第 45 條第 1 款，“澳門特別行政區享有行政管理權，依照本法有關規定自行處理澳門特別行政區的行政事務。”；“澳門特別行政區行政長官是澳門特別行政區的首長，代表澳門特別行政區。”，行政長官作為澳門特別行政區首長，具職權決定透過澳門特別行政區財政資源設立公司，以商業公司營運的方式謀求公共利益。

25. 根據澳門特別行政區公共資產監督規劃辦公室官方網站的資料顯示，澳門特別行政區或澳門特別行政區其他公法人持有超過 50%財務出資的公共資本企業共有 16 間；澳門特別行政區或澳門特別行政區其他公法人持有等於或少於 50%財務出資的公共資本企業共有 7 間。

26. 而較早前的《公共資本企業法律制度》諮詢文件的前言亦提到：“目前，由澳門特別行政區或澳門特別行政區其他公法人直接持有財務出資的企業（下稱“公共資本企業”）共 23 間，其中 10 間設立於澳門特別行政區（下稱“澳門特區”）成立後。截至 2020 年 12 月 31 日，這些公共資本企業的資產總規模約 530 億澳門元。近年來，公共資本企業涉足的行業領域不斷擴展，從澳門特區成立之前集中於基礎設施、公用事業及商務服務，逐步擴展到科技應用、軌道交通、都市更新、境外投資等領域。可見，公共資本企業在澳門的社會經濟中佔有相當重要的地位。今後，因應澳門特區融入國家發展策略及粵港澳大灣區的發展建設，以及進一步推動經濟適度多元發展，相信公共資本企業應發揮更大的作用。”

27. 總括而言，行政長官得根據《基本法》第 50 條(五)項的規定，賦予制定行政法規並頒佈執行的職權，並按第 13/2009 號法律第 7 條第 1 款(四)項的規定，自行透過獨立行政法規制定特區政府各公共部門的職能；行政長官亦得根據《基本法》賦予高度自治的行政管理權(行政裁量權)，以澳門特別行政區的財政資源設立公司，以商業公司營運的方式謀求公共利益。上述事宜皆符合合法性原則、效率原則及謀求公共利益原則。

28. 本澳現行《商法典》沒有禁止澳門特別行政區作為公司股東，而對於設立澳門

樂團有限公司的方式、該公司所營事業、是否屬商業行為，應受本澳現行《民法典》、《商法典》、《商業登記法典》及適用的法例所規範。

29. 另外，值得一提的是，根據被第 4/2019 號法律修改及該法律重新公佈的第 9/1999 號法律《司法組織綱要法》第 19 條(一)項“不論以作為或不作為的方式行使政治職能時作出的行為，以及對行使該職能時產生的損害的責任”及(五)項“私法問題，即使任一當事人為公法人。”的規定，上述事項不屬行政上的司法爭訟範圍！

30. 綜上所述，對於中級法院第 489/2021 號卷宗司法上訴的裁判，被執行實體絕對及最終不能重建該裁判標的開考程序，並具有不執行的正當原因。因此，謹請尊敬的中級法院法官 閣下裁定執行人提出執行上述裁判及作出相關事實行動的請求不成立。

*

A, ofereceu a réplica constante de fls. 138 a 152, tendo alegado o seguinte:

一、行政長官具有自由裁量權決定文化局職責以追求公共利益的否定性：

1. 被執行人認為：《基本法》第 50 條第(一)項賦予行政長官具有自由裁量權決定澳門特區政府文化局所具有的職責及權限以謀求公共利益；

2. 尊敬的澳門理工學院一國兩制研究中心主任楊允中先生所言如下：「作為行政主導型政權最高據位人，行政長官的職權極為多元而集中，主要包括：a. **執法權**，即負責執行基本法和依照基本法適用於澳門特別行政區的其他法律的職權。基本法是全國人民代表大會制定的國家基本法律，是特別行政區的根本大法，也是澳門特別行政區制定法律的立法基礎；特別行政區的制度和政策，包括社會經濟制度、有關保障居民的基本權利和自由的制度、行政管理制度、立法制度和司法制度，以及有關政策，均以基本法的規定為依據；特別行政區制定的任何法律、法令、行政法規和其他規範性文件，均不得同基本法相抵觸；特別行政區的一切機關、組織、團體和個人都必須嚴格遵守基本法。由於**行政長官是特別行政區的首長**，代表特別行政區，基本法的全面執行必須由行政長官負責。行政長官負責執行基本法的職權有兩層含義：①行政長官自己必須遵守基本法，嚴格按照基本法的規定辦事，依法施政 ②行政長官的其他各項職權，都與這一職權具有密切的聯繫，其中有的甚至是從這一職權派生出來的，或者是以實現這一職權為直接或間接目的的。關於依照基本法適用於澳門特別行政區的其他法律，係指基本法第 8 條規定的澳門原有法律和澳門特別行政區立法機關制定的法律，以及列於基本法附件三的全國性法律。行政長

官有責任保證這些法律的正確實施。」¹

3. 必須肯定，作為特區首長的行政長官必須遵守和執行《基本法》及遵守法律(據《基本法》第 50 條第(二)項及第 65 條規定)

4. 根據《基本法》第 35 條規定：“澳門居民有選擇職業和工作的自由。”

5. 尊敬的澳門理工學院一國兩制研究中心主任楊允中先生針對澳門《基本法》第 35 條規定所言如下：

「本條是對澳門特別行政區居民工作權，即有選擇職業自由的規定。工作權是居民在社會、家庭方面的基本權利和自由之一。因為工作權是生存權和提高生活素質的前提，世界各國憲法中，規定公民的勞動權或工作權的較多，對公民選擇職業的自由作出規定的較少。其中，前南斯拉夫 1974 年憲法對其含義規定得比較明確，除設專條規定保障勞動權外，還在第 160 條對選擇職業的自由作了規定：①保障勞動自由；②每個人都可以自由選擇職業和工作；③每個公民可以在平等條件下得到任何勞動崗位和社會中的任何職務；④禁止強制勞動。前南斯拉夫 1992 年憲法則明確規定“保障選擇職業和就業的自由。”(第 54 條)¹ 西班牙 1978 年憲法規定“所有西班牙人有勞動的義務和權利，有自由選擇職業的權利，有通過勞動晉昇的權利和獲得滿足其及其家庭的需要的足夠報酬的權利，在任何情況下不能因性別受到歧視。”(第 35 條)²。這些規定，基本上概括了選擇職業的自由的主要方面。由此可見，本條關於選擇職業自由的規定，對於保障澳門居民自由選擇自己的職業和工作，是有着積極意義的。當然，在現實生活中，存在着居民為生計無法選擇職業或失業的情況，這與經濟發展的速度和效益密切相關。因此，任何國家或地區都祇有努力發展經濟，不斷增強經濟實力，增強本國或本地的對外競爭力，居民才有可能更加充分地享有這一基本權利。」²(粗體字、斜體字及底下橫線是本人自行加上)

6. 尊敬的行政長官享有《基本法》第 50 條第(一)款項的上指權力並非自由裁量權，該權力必須受法律所約束《基本法》第 62 條及第 65 條規定!

7. 尊敬的行政長官更須遵守《基本法》第 35 條規定所確立作為澳門永久性居民的請求執行人具有選擇成為第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇的公務員的職業和工作的自由;

8. 簡單而言，行政長官有義務確保具有中樂知識的澳門永久性居民能夠基於其享有中樂知識而成為澳門特區公務人員的主觀權利及給予具有中樂知識的澳門永久性居民能夠在澳門特區政府的文化局內實現其中樂知識以發展澳門永久性居民所享有的人格權得以有利發展(根

¹ 楊允中：《澳門基本法釋要》，澳門基本法推廣協會出版，2018 年，第 106 頁至第 107 頁。

² 楊允中：《澳門基本法釋要》，澳門基本法推廣協會出版，2018 年，第 139 頁。

據《基本法》第 30 條第 1 款、第 97 條及《民法典》第 67 條第 1 款規定)

9. 正如全國人在常委會澳門基本法委員會委員的王禹教授所言：

「本條是對澳門特別行政區公務人員任職資格的規定。澳門特別行政區公務人員是指在澳門特別行政區任職並負責執行公務的人員。根據“澳人治澳”原則，公務人員必須是澳門特別行政區永久性居民。」³(粗體字、斜體字及底下橫線是本人自行加上)

10. 按照《基本法》第 65 條規定，澳門特區政府必須遵守法律及作為特區首長(《基本法》第 45 條第 1 款)及政府首長的行政長官(《基本法》第 62 條)亦須遵守法律，當中必須包括《基本法》。

11. 被執行人完全不可能有任何依據引證《基本法》第 50 條第(一)項的“領導澳門特區政府”的權力屬於自由裁量權及該權力所衍生決定澳門特區政府的文化局所具有的職責及權限以謀求公共利益的依據!

12. 行政長官享有上指權力是一種受約束的權力或羈束權力及必須強調“依法施政”及並非隨心所欲的任意性決定!

二、澳門特區政府負有促進中樂文化發展的職責—自行制定文化政策的自由裁量權出現明顯錯誤：

13. 被執行人更以《基本法》第 50 條(五)項及第 13/2009 號法律第 7 條第 1 款(四)項建立行政長官享有制定行政法規權及制定充實、貫徹和執行政府政策的獨立性行政法規均與本案無關，皆因行政長官不能剝奪請求執行人享有中樂知識的澳門永久性居民能夠基於其享有中樂知識而成為澳門特區公務人員的主觀權利及給予具有中樂知識的澳門永久性居民能夠在澳門特區政府的文化局內實現其中樂知識以發展澳門永久性居民所享有的人格權得以有利發展(依據《基本法》第 30 條第 1 款、第 97 條及《民法典》第 67 條第 1 款規定)；

14. 行政長官享有行政法規權不等於能夠透過自由裁量而放棄澳門特區政府負有促進中樂文化發展的職責(根據《基本法》第 125 條)!

15. 尊敬的澳門理工學院一國兩制研究中心主任楊允中先生所言如下：

[釋要]本條是澳門特別行政區自行制定文化政策、保護文學藝術創作及名勝古蹟的規定。

a. 為了體現和保持澳門獨具特色的文化傳統，繼續發揮澳門在中西文化交流中的橋樑和紐帶作用，本條規定澳門特別行政區自行制定文化政策，並對文化政策的內容加以列舉，包

³ 王禹：《澳門基本法條文簡釋》，澳門律師公會，2021 年，第 60 頁。

括文學藝術、廣播、電影、電視等政策。這也是對澳門特別行政區政府在這方面行使自治權的尊重和保護。

b. 基本法第 37 條已對“澳門居民有從事教育、學術研究、文學藝術創作和其他文化活動的自由”作了規定，本條第 2 款是在此基礎上進一步明確規定澳門特別行政區政府依法保護作者的文學藝術及其他的創作成果和合法權益，保護知識產權，為澳門的文學藝術以及廣播、電影、電視、音樂、美術、舞蹈、攝影等各領域的發展和繁榮提供法律保障。

c. 澳門作為一個特色突出的東西方文化交匯的城市，擁有不少名勝古蹟和與眾不同的文化傳統，它們都是澳門居民寶貴的文化遺產，也是發展旅遊和推動中外文化交流的重要資源。2005 年 7 月 15 日聯合國教科文組織世界遺產委員會將澳門歷史城區列入世界文化遺產名錄，成為中國第 31 處世界文化遺產，這也許是全球迄今唯一的中西合璧文化遺產，這是值得特別關注的。2015 年《文化遺產保護法》(第 11/2013 號法律)通過並生效實施，對文化遺產的保護進入一個全新時期。因此，本條規定澳門特別行政區在依法保護名勝古蹟和歷史文物的同時，還強調文物所有者的合法權益，充分體現法制社會管理文化事業的合理性和公平性。2017 年聯合國教科文組織評定澳門為“創意城市美食之都”，這不僅有助於進一步提升國際知名度，而且也必然為相關產業帶來實實在在的推動。」⁴(粗體字、斜體字及底下橫線是本人自行加上)

16. 請求執行人認為行政長官確實具有自行制定文化政策的自由裁量權，但該文化政策將文化局不再促進中樂的文化發展是行政自由裁量權的明顯錯誤；

17. 明顯錯誤是建基於澳門特區文化局負有中樂文化的促進及發展，宏揚中華民族偉大復興所衍生的中樂文化的一部份；

18. 正如國家主席習近平先生所言：

「修史立典，存史啟智，以文化人，這是中華民族延續几千年的一个传统。编纂《复兴文库》，是党中央批准实施的重大文化工程。在我们党带领人民迈上全面建设社会主义现代化国家新征程之际，这部典籍的出版，对于我们坚定历史自信、把握时代大势、走好中国道路，以中国式现代化推进中华民族伟大复兴具有十分重要的意义。

中华民族是世界上伟大的民族，为人类文明进步作出了不可磨灭的贡献。近代以后，中华民族遭受了前所未有的劫难。从那时起，实现中华民族伟大复兴就成为中国人民和中华民族最伟大的梦想。无数仁人志士矢志不渝、上下求索，奔走呐喊、奋起抗争。中国共产党成立后，团结带领人民前仆后继，进行艰苦卓绝的斗争，坚持马克思主义指导地位，找到了实现中华

⁴ 楊允中：《澳門基本法釋要》，澳門基本法推廣協會出版，2018 年，第 197 頁至第 198 頁。

民族伟大复兴的正确道路，通过革命、建设、改革各个历史时期的不懈努力，迎来了从站起来、富起来到强起来的伟大飞跃，谱写了中华民族发展进程中最为波澜壮阔的历史篇章，中华民族伟大复兴展现出前所未有的光明前景。历史已经证明并将继续证明，在中国共产党坚强领导下，坚持科学理论指导和正确道路指引，凝聚亿万人民团结奋斗的磅礴力量，中国人民就能把中国发展进步的命运牢牢掌握在自己手中！

在实现伟大复兴的历史进程中，一代代中华民族的先进分子和优秀儿女探索、奋斗、牺牲、创造，留下了大量具有重要历史价值和时代意义的珍贵文献。编纂出版《复兴文库》大型历史文献丛书，就是要通过对近代以来重要思想文献的选编，述录先人的开拓，启迪来者的奋斗。

历史是最好的教科书，一切向前走，都不能忘记走过的路；走得再远、走到再光辉的未来，也不能忘记走过的过去。当前，世界百年未有之大变局加速演进，中华民族伟大复兴进入关键时期，我们更需要以史为鉴、察往知来。

我们要在学好党史的基础上，学好中国近代史，学好中国历史，弄清楚我们从哪里来、要到哪里去，弄清楚中国共产党人是干什么的、已经干了什么、还要干什么，弄清楚过去我们为什么能够成功、未来怎样才能继续成功。要坚定文化自信、增强文化自觉，传承革命文化、发展社会主义先进文化，推动中华优秀传统文化创造性转化、创新性发展，构筑中华民族共有精神家园。要萃取历史精华，推动理论创新，更好繁荣中国学术、发展中国理论、传播中国思想，不断推进马克思主义中国化时代化。要坚定理想信念，凝聚精神力量，在新时代更好坚持和发展中国特色社会主义，为实现中华民族伟大复兴的中国梦贡献我们这一代人的智慧和力量，创造属于我们这一代人的业绩和荣光。」⁵

19. 上指文化正正包括中華文化所衍生的中樂文化。

20. 這樣，不明白為何澳門特區政府似乎沒有承傳中華民族五千年文化，當中包括：中樂；

21. 故此，行政長官透過制定及頒佈第 41/2021 號行政法規，針對剔除澳門特區政府文化局職責關於促進中樂發展的事項是存在明顯錯誤。

三、第 41/2021 號行政法規違反合法性原則而屬無效—第 20/2015 號行政法規繼續及完全有效：

22. 根據中華人民共和國《憲法》第 31 條第 1 款準用澳門《基本法》第 50 條第(五)

⁵ 习近平:在复兴之路上坚定前行——《复兴文库》序言(2022年9月20日)，稿件来源：中国纪检监察报。網址：https://www.mem.gov.cn/jjz/ywgz/202209/t20220930_423402.shtml

項規定，尊敬的行政長官享有制定屬於行政規章的行政法規的立規權；

23. 在 2021 年 11 月 10 日，尊敬的行政長官制定的第 41/2021 號行政法規修改第 20/2015 號《文化局的組織及運作》澳門特區文化局的組織法屬於獨立性行政法規(根據第 13/2009 號法律第 7 條第 1 款第(三)項)

24. 透過上指第 41/2021 號行政法規第 2 條廢止第 20/2015 號行政法規第 18 條第 1 款(五)項所規定的“為擴展和推廣澳門樂團及澳門中樂團提供所需的條件”。

25. 根據第 13/2009 號法律第 3 條第 2 款規定如下：“法律優於其他所有的內部規範性文件，即使該等文件的生效後於法律。”

26. 澳門特區立法會針對第 13/2009 號法律《關於訂定內部規範的法律制度》作出第一常設委員會-第 3/III/2009 號意見書第 7 頁至第 9 頁所言如下：

「25. 法案擬申明，立法會是特區唯一可以通過法律的機關，其通過的法律當然優於行政法規。但是，這並不意味著政府僅可依據立法會的法律制定法規。相反，政府除了有廣泛的提案權外，客觀上亦應承認政府需要進行制定規範的工作，包括為某些現行法律制定必需的具體規範，或直接依據基本法而無需以立法會的法律為前提制定獨立行政法規。

也就是說，透過法律正式承認獨立行政法規的地位。這一點十分重要，因為有關問題尤其在某些司法見解上曾存在不同意見。另外，這也是政府希望於這份法案中得以明確的重要問題之一。最終法案對此能有清晰的規定，以排除一切疑問。

26. 必須考慮的是，在不同準則下，立法會一方面是肩負立法職能的崇高機關，另一方面，她的這種身份亦應當在規範制定權限的具體模式中有所體現。或許可以簡單地表述為：在特定事宜上，立法會享有專屬的立法權；而政府可透過獨立法規在其他領域行使其制定規範的權力。

27. 立法權限僅屬於立法會。立法會除了制定法律的一般權限外，還有對基本法明確規定的某些事項予以規範的專屬權限。另一方面，政府有法規制定權，包括制定獨立法規的權限，但不享有立法權。

這既是平衡、合理和適當的方案，亦符合立法會與政府各自應有的權力範圍，是恪守基本法並對其進行具體細化的體現。

28. 如之前所述，所謂的獨立法規應當被採納。即是說，政府制定獨立法規的權力，由基本法賦予合法性，並由法案明確具體落實。在此範圍內，法規制定權的行使，無須法律明確授權，因該權力是由更高法律直接賦予政府本身的權限。因此，這項制定獨立法規的權力不是一項“受法律操控的權力”，但是，它當然應遵循合法性原則，首要的當然是遵守基本法。

29. 可以說，法案的通過，是具體落實基本法的一個程序，旨在確保於內部法律淵源範疇上取得平衡、理性和具有方向性的成果，從而徹底消除現存的疑問。」(粗體字、斜體字及底下橫線是本人自行加上)

27. 可以肯定，屬於獨立性行政法規的第 41/2021 號行政法規屬於行政規章而須受中華人民共和國《憲法》第 31 條準用澳門《基本法》第 8 條準用澳門《行政程序法典》第 105 條、第 2 條第 4 款及第 5 款準用第 3 條所規定的合法性原則、第 4 條所規定的尊重權利及受法律保護利益而謀求公共利益原則、第 5 條所規定的平等原則及適度原則、第 7 條所規定的公正原則及無私原則、第 8 條所規定的善意原則、第 9 條所規定的行政當局與私人合作原則、第 10 條所規定的參與原則及第 14 條所規定的訴諸司法機關原則；

28. 依據澳門《行政程序法典》第 108 條第 1 款規定：“如規章草案所涉事宜之性質容許，有權限之機關原則上應將該草案交由公眾評議，以收集意見；為此，須將規章草案公布於《澳門政府公報》。

29. 在 2019 年 1 月 13 日，尊敬的**社會文化司司長**閣下作出批示同意為澳門特區文化局的演藝發展廳轄下的澳門中樂團開展以行政任用合同方式招聘高級技術員職程第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇(1 缺)；

30. 在 2019 年 9 月 27 日，尊敬的**社會文化司司長**閣下為執行上指批示而批准文化局的第 03S2/DOGAF-DRHA/2019 號建議書之批示；

31. 隨後，在 2019 年 11 月 13 日，上指對外開考的通告的刊登在第 46 期的《澳門特別行政區公報》第二組；

32. 請求執行人在作為該開考的投考人及利害關係人，尊敬的行政長官制定第 41/2021 號行政法規完全沒有聽取及通知請求執行人，

33. 尊敬的行政長官更沒有針對第 41/2021 號行政法規的草案公布在《澳門特區公報》，以便請求執行人自公布日起計 30 日內以交書面意見以維持請求執行人能夠透過上指開考程序投考成功而成為公務員的主觀權利及受法律保護的利益，故此，第 41/2021 號行政法規違反澳門《行政程序法典》第 108 條第 1 款及第 2 款規定；

34. 尊敬的行政長官剝奪請求執行人在上指 30 日內提交書面意見的行為，更是侵犯澳門《行政程序法典》第 11 條及第 108 條規定所規定的聽證權的基本權利；

35. 故此，第 41/2021 號行政法規的獨立性行政法規違反中華人民共和國《憲法》第 31 條準用澳門《基本法》第 8 條準用澳門《行政程序法典》第 108 條、第 2 條第 4 款及第 5 款準用澳門《行政程序法典》第 11 條所確立「一國兩制」下作為澳門永久性居民的司法上訴人

享有聽證權的基本權利而屬無效，皆因該等法律規定均屬強行性規定(依據澳門《民法典》第 287 條規定)

36. 即使不認為第 41/2021 號行政法規須遵從將行政法規的草案公布在《澳門特區公報》內，亦應根據澳門《行政程序法典》第 2 條第 4 款準用第 11 條及第 68 條第 a 項規定給予請求執行人針對行政法規的草案發表意見，皆因請求執行人早在 2021 年 6 月 7 日已提出司法上訴，該法規的頒行將使司法上訴人(即請求執行人)在上指開考程序內享有成為公務員的主觀權利及受法律保護的利益進行消滅，皆因這種修改組織法是導致該開考程序消滅必然是對於請求執行人極其不公平的；

37. 這樣，沒有依法通知該行政法規的草案予請求執行人發表意見而頒行的第 41/2021 號行政法規亦違反澳門《行政程序法典》第 2 條第 4 款準用第 8 條所規定的善意原則，皆因請求執行人相信其在開考程序內投考合格而成為公務員的信賴利益而屬無效，皆因該等規定均屬強行性規定(根據澳門《民法典》第 287 條規定)；

38. 而且，**社會文化司司長**閣下針對請求執行人在上指開考程序所評定的分數完全無視請求執行人已在文化局內工作多年，已取得的經驗必然令評分上高於上指案件的對立利害關係人—B—是理所當然的；

39. 正如葡國 Mário Esteves de Oliveira 教授、Pedro Costa Gonçalves 教授及 J. Pacheco de Amorim 教授針對公正原則的理解如下：

「Não é por critérios de justiça abstracta que a Administração Pública deve pautar a sua conduta, pele menos na vertente da eventual invalidade da decisão injusta. Justiça, neste sentido é, como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (ob. Cit., pág. 925), a justiça "constitucionalmente plasmada" em "certos critérios materiais ou de valor, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana, da efectividade dos direitos fundamentais, da igualdade".

Não é, portanto, por referência à concepção subjectiva do administrador ou do juiz, sobre o que seria justo naquele caso, que se encontra o parâmetro da eventual invalidade do acto injusto, mas sim por referência aos critérios e valores de justiça plasmados no ordenamento jurídico, sobretudo ao nível constitucional.

De resto, o princípio da justiça não apresentará, senão em casos-limite, autonomia jurídica em relação a outros princípios em que ele se desdobra (ou lhe são instrumentais), como os da igualdade, da necessidade e da proporcionalidade, da imparcialidade e da protecção de direitos e interesses legalmente protegidos.

Ele constitui, digamos assim, uma última "ratio" da subordinação da Administração ao Direito, permitindo invalidar aqueles actos que, não cabendo em nenhuma das condicionantes jurídicas expressas da actividade administrativa, constituem, no entento, uma afronta intolerável aos valores elementares da Ordem Jurídica, sobretudo *aos plasmados em normas respeitantes à integridade e dignidade das pessoas, à sua boa-fé e confiança no Direito.*⁶(粗體字、斜體字及底下橫線是本人自行加上)

40. 正如葡國 Mário Esteves de Oliveira 教授、Pedro Costa Gonçalves 教授及 J. Pacheco de Amorim 教授針對善意的理解如下：

「De acordo com a distinção tradicional, a boa-fé é, objectivamente, "*um padrão objectivo de comportamento e, concomitantemente, um critério normativo da sua valoração*"(Rui de Alarção) e significa, enquanto princípio geral de direito, que *qualquer pessoa deve ter um comportamento correcto, leal e sem reservas, quando entra em relação com outras pessoas.*

Subjectivamente, *a boa-fé é essencialmente um estado de espírito, uma convicção pessoal sobre a licitude da respectiva conduta*, sobre estar a actuar-se em conformidade com o direito, podendo resultar da existência dessa convicção consequências jurídicas favoráveis (de carácter muito diversificado) para o respectivo agente.⁷(粗體字、斜體字及底下橫線是本人自行加上)

41. 這樣，尊敬的行政長官 閣下在上指司法上訴的待決期間，完全無視司法上訴人(即本附案之請求執行人)正與社會文化司司長 閣下針對評分問題的行政爭議交由中級法院解決的情況下，完全不聽取請求執行人的上指發表意見權所頒行的第 41/2021 號行政法規亦違反澳門《行政程序法典》第 2 條第 4 款準用第 7 條及第 8 條分別所規定的公正原則及善意原則，皆因該法規剝奪請求執行人作為上指開考程序的投考人的尊嚴，出爾反爾而透過此方式造成該開考程序出現法律上不能的情況及無視司法上訴人為該開考程序進行的努力一一消滅，從而打破澳門《基本法》第 65 條確立特區政府須遵守法律及依法施政的規定，從而違反澳門《行政程序法典》第 8 條所規定的善意原則。

42. 顯而易見，第 41/2021 號行政法規在沒有尊重作為投考人的請求執行人的尊嚴

⁶ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.ª Edição, Almedina, 2006, pag.106.

⁷ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2.ª Edição, Almedina, 2006, pág. 108 a 109.

和最基本的尊重(包括針對該法規的草案依法通知請求執行人以發表意見),從而沒有保護作為投考人的請求執行人享有在該開考程序為最高分的合格者而成為公務員的主觀權利及受法律保護的利益,繼而謀求將中樂團脫離予文化局而開設一間澳門樂團有限公司謀取所謂的“公共利益”是違反澳門《行政程序法典》第2條第4款準用第4條所規定的尊重權利及受法律保護利益而謀求公共利益原則而屬無效,皆因該等規定均屬強行性規定(依據澳門《民法典》第287條規定)

43. 顯而易見,第41/2021號行政法規違反中華人民共和國《憲法》第31條準用澳門《基本法》第8條準用澳門《行政程序法典》第105條、第108條第1款及第2款、第2條第4款及第5款準用第3條、第4條、第7條、第8條及第10條與第13/2009號法律第3條第2款規定而違反合法性原則(根據澳門《行政程序法典》第105條及第2條第4款準用第3條1款規定)

44. 這樣,屬於獨立性行政法規的第41/2021號行政法規違反中華人民共和國《憲法》第31條準用澳門《基本法》第8條準用澳門《行政程序法典》第105條、第108條第1款及第2款、第2條第4款及第5款準用第3條、第4條、第7條、第8條及第10條與第13/2009號法律第3條第2款規定而屬無效(依據澳門《民法典》第287條規定)。

45. 故此,獨立性行政法規的第41/2021號行政法規屬無效,造成第20/2015號的行政法規繼續及完全有效,不受第41/2021號行政法規所修改及約束!

四、澳門樂團有限公司的設立行為屬虛偽行為—屬於公法問題:

46. 本案中,被執行人認為澳門樂團有限公司的設立行為屬於私法問題及不屬行政上的司法爭訟的範圍;

47. 不應忘記,審理本案是否存在不執行的正當原因,當中包括是否存在澳門樂團有限公司的設立行為屬虛偽行為作為被執行人沒有不執行的正當原因,故本執行案的範圍不受第9/1999號法律第19條第(一)項所限制,皆因本執行案只須查明是否不執行的正當原因;

48. 分析該設立行為如何屬於虛偽行為,並不僅僅是私法問題,更是違反中華人民共和國《憲法》第31條、《基本法》第5條及第114條第1款規定的公法問題,皆因澳門特區走資本主義道路及該設立行為侵犯自由經濟市場、不公平競爭及侵犯私人在中樂的商業市場上的經營性,私人如何能夠與龐大公共資源的特區所開設的上指公司與民爭利而存在公平商業競爭環境。

49. 被執行人片面理解上指設立行為應受私法規管,卻忘記中華人民共和國《憲法》第31條第1款及《基本法》第5條及第114條第1款所確立的「一國兩制」下的澳門特區走資本主義道路、確保自由市場經濟及公平競爭環境的確立,從而完全無視澳門特區負有履行憲法義

務!

五、公共資本企業法律制度及公共資本企業與本案無關：

50. 被執行人以澳門存在公共資本企業的數量及該企業的資產占澳門元多少的觀點，完全與本案無關；

51. 本案中，澳門特區政府本身負有促進國家主席習近平先生所指出傳承中華五千年文化傳統的義務，當中包括中樂文化，難以明白為何必須透過公共資本企業的方式或以開設盈利的公司來與民爭利；

52. 這完全不是被執行人以行政長官領導特區政府以支持行政長官能夠自由任意地不促進中樂文化的發展；

53. 故此，被執行人一直指出公共資本企業的相關資料以引證行政長官隨心所欲否定中華人民共和國《憲法》第 31 條第 1 款準用《基本法》第 5 條第 1 款及第 114 條所確立走資本主義道路及建立公平營商環境是不得被認同的!

*

O Digno. Magistrado do Ministério Público junto do TSI emitiu o douto parecer de fls. 350 a 355, pugnando o seguinte:

"Face ao exposto, deve o presente pedido de execução ser julgado procedente e, em consequência:

(.) declarar-se a inexistência de causa legítima de inexecução do acórdão anulatório proferido nos autos principais;

(.) declarar-se a nulidade do despacho da autoria da Entidade Executada que, ao abrigo do disposto no artigo 103.º, n.º 2, alínea b) do CPA, ordenou a extinção do procedimento administrativo;

(.) especificar-se que a execução daquele acórdão consiste em a Administração retomar o procedimento concursal no ponto imediatamente anterior ao do acto contenciosamente anulado, procedendo-se a nova graduação os candidatos em estrita obediência ao ali decidido, em prazo não superior a 10 dias."

*

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpra analisar e decidir.

* * *

II – PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Este Tribunal é o competente em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia.

O processo é o próprio e não há nulidades.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária e são dotadas de legitimidade “*ad causam*”.

Não há exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

* * *

III – FACTOS

São os seguintes elementos, extraídos do processo principal e do processo administrativo com interesse para a decisão da causa:

1. 在 2021 年 5 月 7 日，請求執行人收悉澳門特區文化局的典試委員會發出的編號為 0184/IC-OCHM/OFI/2021 號公函，該公函指出根據被執行人在 2021 年 4 月 26 日所作出的批示，就請求執行人對編號為 2019-IC-TS-MC-1 開考程序(第一職階二等高級技術員音樂(中樂)範疇)提起的上訴予以駁回，並維持是次開考之最後成績名單(參見文件 1);

2. 在 2021 年 6 月 7 日，司法上訴人針對上指批示向尊敬的中級法院提交司法上訴狀，相應的司法上訴卷宗編號為 489/2021(參見文件 2);

3. 在 2022 年 5 月 12 日，尊敬的中級法院作出合議庭裁決裁定上訴理由成立及撤銷被訴決定—即被執行人在 2021 年 4 月 26 日所作出的批示(參見文件 2);

* * *

IV – FUNDAMENTOS

A propósito das questões suscitadas pela Exequente, o Digno. Magistrado do MP junto deste TSI teceu as seguintes doughtas considerações:

“(…)

1.

A, melhor identificada nos autos, veio, nos termos do disposto no artigo 180.º do CPAC, por apenso aos autos de recurso contencioso n.º 489/2021, instaurar a presente execução para a prestação de um facto contra a **Secretária para os Assuntos Sociais e Cultura**, alegando que esta Entidade não deu execução integral ao acórdão do Tribunal de Segunda Instância proferido nos autos principais que anulou a lista classificativa final do concurso para o preenchimento de um lugar vago de técnico superior de 2.ª classe, 1.º escalão, da área de música (música chinesa), em regime de contrato administrativo no Instituto Cultural.

A Entidade Executada apresentou resposta na qual, no essencial, alegou que ocorre causa legítima de inexecução.

2.

(i)

No recurso contencioso que correu termos nos autos principais, a agora Exequente pediu a anulação do acto da ali Entidade Recorrida que indeferiu o recurso interposto da lista classificativa final do concurso para o preenchimento de um lugar vago de técnico superior de 2.ª classe, 1.º escalão, da área de música (música chinesa), em regime de contrato administrativo no Instituto Cultural.

Esse acto objecto do recurso contencioso foi anulado por doughto acórdão proferido pelo Tribunal de Segunda Instância nos autos apensos.

Na sequência dessa anulação, a Entidade Recorrida e agora Executada decidiu não interpor recurso daquele acórdão para o Tribunal de Última Instância e, além disso, também decidiu declarar extinto, ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 103.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) o procedimento do concurso de avaliação de competências profissionais ou funcionais, externo, do regime de gestão uniformizada, para o preenchimento de um lugar vago de técnico superior de 2.ª classe, 1.º escalão, da carreira de técnico superior, área de

música, em regime de contrato administrativo de provimento.

Segundo nos parece, a pretensão da Recorrente merece ser acolhida. Iremos procurar explicar porquê.

(ii)

Sabemos que, de acordo com o que resulta das normas contidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 8.º da Lei de Bases da Organização Judiciária, «as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades» e que «as leis de processo regulam os termos da execução das decisões dos tribunais relativamente a qualquer autoridade e determinam as sanções que devam ser aplicadas aos responsáveis pela sua inexecução».

Em consonância, a lei processual administrativa dedica um dos seus capítulos ao chamado «processo executivo», cuja norma introdutória, a do artigo 174.º do CPAC, consagra precisamente o dever de a Administração, no prazo máximo de 30 dias, cumprir espontaneamente as decisões dos tribunais em processos do contencioso administrativo quando transitadas em julgado, consistindo esse cumprimento, de acordo com o n.º 3 do artigo 174.º do CPAC, «na prática de todos os actos jurídicos e operações materiais que sejam necessários, conforme as hipóteses, à reintegração efectiva da ordem jurídica violada e à reposição da situação actual hipotética» (de referir que a norma em causa, como, de resto, sucede com a norma do artigo 175.º do CPAC, apesar de incluída na lei de processo, tem natureza procedimental, porquanto trata do cumprimento espontâneo da sentença por iniciativa da Administração, em momento prévio, portanto ao da própria existência um processo judicial. Neste sentido, J. M. SÉRVULO CORREIA, *A Execução das Sentenças Proferidas em Recurso Contencioso pelo Tribunal Administrativo de Moçambique*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira, Coimbra Editora, 2006, p. 456 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA – CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª edição, Coimbra, 2007, p. 927).

(iii)

A nossa lei processual prevê, expressamente, duas formas de processo executivo em função da finalidade da execução: o processo de execução para pagamento de quantia certa (artigos 178.º e 179.º do CPAC) e o processo de execução para entrega de coisa certa ou para

prestação de um facto (artigos 180.º a 185.º do CPAC).

Estranhamente, ficou de fora de qualquer previsão legal expressa o processo de execução das sentenças proferidas no mais frequente dos meios processuais, ou seja, no recurso contencioso. Com efeito, não está previsto, entre nós, um processo de execução de sentenças anulatórias de actos administrativos. Todavia, tem-se entendido que a essa execução é aplicável, por interpretação extensiva ou aplicação analógica, o processo de execução para prestação de facto (assim, VIRIATO LIMA – ÁLVARO DANTAS, *Código de Processo Administrativo Contencioso Anotado*, RAEM, 2015, p. 446 e, no mesmo sentido, a propósito de uma lei que padece do mesmo «vácuo de disciplina legislativa processual», J. M. SÉRVULO CORREIA, *A Execução*, p. 458).

No caso em apreço, a Exequente, lançou mão, justamente, da execução para prestação de facto. Convém, em todo o caso, a benefício do rigoroso enquadramento dessa pretensão e do seu exacto alcance referir o seguinte: anulado ou declarado nulo ou juridicamente inexistente um acto administrativo, a Administração fica constituída no dever de executar a sentença de anulação nos termos previstos no artigo 174.º do CPAC. Do que se trata, como assinala a Doutrina, é de «dar corpo à modificação operada pela sentença, praticando os actos jurídicos e realizando as operações materiais necessários para colocar a situação, tanto no plano do Direito, como no plano dos factos, em conformidade com a modificação introduzida» (assim, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA – CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário*, p. 983).

Como, no mesmo local, assinalam os Autores que vimos de referir, através deste processo chamado de execução, o interessado faz valer o seu direito à execução do julgado perante o tribunal. A verdade, porém, é que, em bom rigor, em direito processual administrativo, o processo de execução de sentença anulatória, como, de resto, o processo executivo para entrega de coisa certa ou prestação de facto tem uma natureza essencialmente declarativa (já neste sentido, a propósito do chamado processo de «execução de julgado», JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa, Lições*, Coimbra, 1998, p. 119). Através dele, o tribunal limita-se, se e quando necessário, a especificar os actos e as operações em que a execução deve consistir e os respectivos prazos e, eventualmente, a impor uma medida compulsória de natureza pecuniária.

Portanto, podemos dizer que o processo executivo administrativo, excepção feita ao processo de execução para pagamento de quantia certa, não é um verdadeiro processo executivo. Através dele, e ao contrário do sucede em processo civil, o Tribunal não se substitui ao devedor que

se encontra em incumprimento para, dessa forma sub-rogatória, satisfazer o direito do credor que foi violado [em processo civil, como ensina JOSÉ LEBRE DE FREITAS, «através da acção executiva, o exequente pode obter resultado idêntico ao da realização da própria prestação que, segundo o título executivo, lhe é devida (*execução específica*), quer por meio directo, (apreensão e entrega da coisa ou quantia devida; prestação do facto devido por terceiro); quer por meio indirecto (apreensão e venda de bens do devedor e subsequente pagamento), ou, em sua substituição, um valor equivalente do património do devedor (*execução por equivalente*)». Cfr. *A Acção Executiva*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 14].

(iv)

Revertendo ao que se discute nos presentes autos, se bem vemos, o que está em causa é saber se existe ou não a causa legítima de inexecução na vertente da impossibilidade da execução a que se referem o n.º 1 do artigo 175.º e o n.º 1 do artigo 184.º do CPAC, uma vez que foi com esse fundamento que a Administração, servindo-se da norma da alínea b) do n.º 2 do artigo 103.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) colocou termo ao procedimento administrativo que, antes, havia culminado com a prática do acto entretanto anulado pelo douto acórdão proferido nos autos principais.

Cremos que não existe. Passamos a procurar justificar porquê.

(iv.1)

A impossibilidade da execução a que alude a citada norma do n.º 1 do artigo 175.º do CPAC e que a lei configura como causa legítima de inexecução, caracteriza-se por se tratar de uma situação em que o devedor, de todo em todo, se encontra impedido de cumprir, não se confundindo, portanto, com a mera dificuldade ou com a onerosidade da prestação que haja de ser realizada (assim, por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, 2.^a edição, Coimbra, 1997, p. 125).

No caso, a execução do julgado anulatório, tendo em vista a reintegração da ordem jurídica violada e a reposição da situação actual hipotética (o chamado efeito repristinatório da sentença anulatória) consistiria, segundo pensamos, em a Administração reconstituir a situação que existiria se não tivesse praticado a ilegalidade, o que, desde logo, implicaria a retoma do procedimento concursal no momento imediatamente anterior ao do acto que foi anulado com a elaboração de uma nova lista de classificação final dos candidatos expurgada do vício que conduziu

à anulação do acto por força do chamado efeito preclusivo ou inibitório do caso julgado.

Todavia, considera a Administração que não o pode fazer em virtude de, com a entrada em vigor do Regulamento Administrativo n.º 41/2021, que alterou o Regulamento Administrativo n.º 20/2015 o qual, como se sabe, tem por objecto a organização e o funcionamento do Instituto Cultural ter resultado, nomeadamente, e para o que agora interessa, a revogação da alínea 5) do n.º 1 do artigo 18.º deste último Regulamento, que cometia ao Instituto Cultural a competência para «assegurar as condições necessárias à expansão e divulgação da Orquestra de Macau e da Orquestra Chinesa de Macau», a gestão e a exploração dessas orquestras ter passado para a Sociedade Orquestra de Macau, Limitada, entretanto criada.

Significaria isto, ainda segundo a Administração, que, a partir de 1 de Fevereiro de 2022 (data da entrada em vigor do novo Regulamento Administrativo na parte atinente à norma revogatória aqui em causa: cf. o artigo 3.º, n.º 2 do Regulamento Administrativo n.º 41/2021), o Instituto Cultural teria deixado de ter competência legal para recrutar trabalhadores para exercerem funções nas orquestras propriamente ditas ou em apoio às mesmas, uma vez que, partir daquela data, essa incumbência passou a ser da Sociedade Orquestra de Macau, Limitada e por isso, em virtude da alteração normativa referida, teria ocorrido uma circunstância geradora da impossibilidade legal de retoma do procedimento concursal aqui em causa, justificando-se, por isso, a declaração de extinção do próprio procedimento tal como foi determinada pela Entidade Executada ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do artigo 103.º do CPA que antes referimos.

(iv.2)

Não nos parece, salvo o devido respeito, que assim seja.

Com efeito e desde logo, importa não perder de vista que o reexercício do poder administrativo na sequência da anulação contenciosa do acto tem de ser feito por referência ao passado, ou seja, ao momento em que a administração procedeu, ainda que ilegalmente, à primeira definição jurídica da situação do interessado. É o que resulta do disposto no artigo 174.º, n.º 3 do CPAC e é decorrência do princípio geral de todos conhecido, *tempus regit actum*.

Depois, nas situações em que, entre o momento da prática do acto, o da sua anulação e, eventualmente, o da respectiva execução, ocorre uma superveniência normativa, impõe-se operar com algum cuidado na determinação dos parâmetros normativos a cuja luz deve operar o reexercício do poder administrativo.

Na verdade, como se referiu no Parecer da Procuradoria-Geral da República de Portugal n.º 85/88, publicado no Diário da República, II Série, n.º 222, de 26.9.1989, «a simples revogação de uma norma, não constitui, por si, impossibilidade legal de execução, ou seja, impossibilidade de aplicação da regulamentação específica vigente no momento ao qual a prática do acto vai ser reportada».

Quando o *ius superveniens* não seja assumidamente retroactivo, mas de aplicação imediata para futuro, ele só será incontornável e, portanto, «gerador de uma impossibilidade legal quando se possa afirmar que, mesmo que a posição do interessado tivesse ficado reconhecida na altura própria, sem necessidade de vir a ser de novo definida em consequência da anulação, ela não ficaria intocada por efeito da superveniência do novo regime normativo» (assim, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *A Anulação dos Atos Administrativos no Contexto das Relações Jurídico-Administrativas*, 2.ª edição, Coimbra, 2022, p. 687).

A ideia fundamental, parece-nos, é a de que, se puder dizer-se que, acaso o acto se tivesse radicado na ordem jurídica no momento devido, a posição do interessado teria permanecido intocada com o início da vigência do diploma posterior, não se gerará uma situação de impossibilidade de execução em razão da alteração superveniente do quadro normativo.

Como a este propósito assinala a melhor Doutrina, é de ter presente que a correcta aplicação, no momento próprio, do Direito vigente à data em que o acto anulado foi praticado teria conduzido a que a situação tivesse ficado definida nos termos que eram estabelecidos pelas normas legais então vigentes. Na verdade, se a Administração tivesse agido como devia, definindo validamente a situação no momento próprio, por aplicação das normas então vigentes, nem sequer seria de equacionar a aplicação do novo quadro normativo (assim, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *A Anulação*, p. 677 e, no mesmo sentido, o acórdão do Tribunal de Segunda Instância proferido no Processo n.º 151/2022).

(iv.3)

Ora, tendo isto presente, no caso em apreço, parece-nos que estaremos, justamente, numa situação em que, se o acto administrativo entretanto anulado, tivesse sido legalmente praticado no momento próprio e se dele, eventualmente tivesse resultado a graduação da Exequente em primeiro lugar na lista classificativa final, a consequência legal teria sido o seu provimento no lugar correspondente, nos termos que decorrem linearmente do disposto n.º 1 do

artigo 39.º do Regulamento n.º 14/2016, norma que consagra, se bem a interpretamos, um verdadeiro direito ao provimento no lugar de acordo com a ordenação da lista classificativa.

Por outro lado, acaso tivesse ocorrido o provimento no lugar teria a Exequente a possibilidade de ser transferida para a Sociedade Orquestra de Macau, à semelhança do que sucedeu com os outros trabalhadores do Instituto Cultural que estavam afectos às Orquestras, tal como se encontra bem documentado nos autos.

Tudo isto sem que a sua posição pudesse ser afectada pela entrada em vigor da alteração nas competências do Instituto Cultural introduzida pelo Regulamento Administrativo n.º 41/2021. Pelo que se pode dizer, portanto, que a posição da Exequente, se a mesma tivesse sido graduada em primeiro lugar e, conseqüentemente, tivesse sido provida no lugar, teria permanecido intocada com o início da vigência da alteração normativa resultante daquele Regulamento Administrativo.

Deste modo, estamos humildemente em crer que a apontada revogação do Regulamento Administrativo n.º 20/2015 não constitui um obstáculo inultrapassável, impossibilitador da execução do julgado anulatório, por referência ao passado, isto é, aos pressupostos de facto e de direito existentes no momento do exercício originário, embora ilegal, do poder administrativo.

(iv.4)

Por isso, além de se não vislumbrar causa legítima de inexecução, também se nos afigura incontornável concluir que a decisão da Administração de colocar um ponto final no procedimento administrativo concursal ao abrigo do disposto no artigo 103.º, n.º 2, alínea b) do CPA com o fundamento antes referido de haver uma impossibilidade superveniente, não poderá deixar de ser considerada nula por estar em manifesta desconformidade com a douta decisão proferida no recurso contencioso, como tal devendo ser declarada [cfr. artigo 122.º, n.º 2, alínea h) do CPA e artigo 184.º, n.º 2 do CPAC].

Acresce que, face ao disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 184.º do CPAC, nos parece que a Administração, tendo em vista a reintegração da legalidade e a reconstituição da situação actual hipotética, deverá retomar o procedimento concursal e graduar os candidatos em respeito e obediência ao caso julgado que entretanto se formou com a decisão proferida no recurso contencioso, praticando, portanto, um novo acto isento do vício afirmado por aquela decisão (em

momento posterior, que se situa fora do âmbito que é próprio deste meio processual, uma vez que a Recorrente não cumulou com o pedido anulatório o pedido de condenação nos termos previstos no artigo 24.º, n.º 1, alínea a) do CPAC, se da graduação resultar que a Exequente fique em primeiro lugar, mais deverá a Administração provê-la no lugar devido, após o que deverá avaliar da conveniência de a manter no Instituto Cultural ou de a transferir para a Sociedade Orquestra de Macau, tal como fez com os seus outros trabalhadores antes afectos às Orquestras. Tudo como teria sucedido se o acto anulado tivesse sido legalmente praticado).

3.

Face ao exposto, deve o presente pedido de execução ser julgado procedente e, em consequência:

(.) declarar-se a inexistência de causa legítima de inexecução do acórdão anulatório proferido nos autos principais;

(.) declarar-se a nulidade do despacho da autoria da Entidade Executada que, ao abrigo do disposto no artigo 103.º, n.º 2, alínea b) do CPA, ordenou a extinção do procedimento administrativo;

(.) especificar-se que a execução daquele acórdão consiste em a Administração retomar o procedimento concursal no ponto imediatamente anterior ao do acto contenciosamente anulado, procedendo-se a nova graduação os candidatos em estrita obediência ao ali decidido, em prazo não superior a 10 dias.

É este, salvo melhor opinião, o parecer do Ministério Público.”

*

Quid Juris?

Concordamos com a douta argumentação acima transcrita, da autoria do Digno. Magistrado do MP junto deste TSI, à qual integralmente aderimos sem reservas, sufragando a solução nela adoptada, entendemos que não existe causa legítima da inexecução da decisão anulatória em causa.

Nesta sede, limitamo-nos destacar os seguintes aspectos:

Em matéria de alteração de competência, o artigo 32º do CPA, que estipula:

(Fixação da competência)

1. A competência fixa-se no momento em que se inicia o procedimento, sendo irrelevantes as modificações de facto que ocorram posteriormente, salvo o disposto no n.º 3.

2. São igualmente irrelevantes as modificações de direito, excepto se for extinto o órgão a que o procedimento estava afecto, se deixar de ser competente ou se lhe for atribuída a competência de que inicialmente carecesse.

3. Quando o órgão territorialmente competente passar a ser outro, deve o processo ser-lhe remetido.

É de verificar que, no caso em apreço, o procedimento concursal é o mesmo, o correcto caminho devia ser, parece-nos, que se continuava com a conclusão do procedimento em causa e depois o melhor classificado será contratado pela nova entidade que passou a gerir a orquestra. Repare, estamos perante um processo executivo da decisão anulatória.

Pelo que, é de julgar procedentes os pedidos da Exequente, decidindo-se:

a) - Declarar-se a inexistência de causa legítima de inexecução do acórdão anulatório proferido nos autos principais;

b) - declarar-se a nulidade do despacho da autoria da Entidade Executada que, ao abrigo do disposto no artigo 103.º, n.º 2, alínea b) do CPA, ordenou a extinção do procedimento administrativo;

c) - especificar-se que a execução daquele acórdão consiste em a Administração retomar o procedimento concursal no ponto imediatamente anterior ao do acto contenciosamente anulado, procedendo-se a nova graduação os candidatos em estrita obediência ao ali decidido, num prazo de 20 dias.

*

Síntese conclusiva:

I – Em processo executivo administrativo, o artigo 174.º do CPAC consagra o dever de a Administração, no prazo máximo de 30 dias, cumprir espontaneamente as decisões dos tribunais em processos do contencioso administrativo quando transitadas em julgado, consistindo esse cumprimento, de acordo com o n.º 3 do artigo 174.º do CPAC, *“na prática de todos os actos jurídicos e operações materiais que sejam necessários, conforme as hipóteses, à reintegração efectiva da ordem jurídica violada e à reposição da situação actual hipotética”*.

II - A impossibilidade da execução a que alude a citada norma do n.º 1 do artigo 175.º do CPAC e que a lei configura como causa legítima de inexecução, caracteriza-se por se tratar de uma situação em que o devedor, de todo em todo, se encontra impedido de cumprir, não se confundindo, portanto, com a mera dificuldade ou com a onerosidade da prestação que haja de ser realizada

III - No caso, a execução do julgado anulatório, tendo em vista a reintegração da ordem jurídica violada e a reposição da situação actual hipotética (o chamado efeito repristinatório da sentença anulatória) consistiria em a Administração reconstituir a situação que existiria se não tivesse praticado

a ilegalidade, o que, desde logo, implicaria a retoma do procedimento concursal no momento imediatamente anterior ao do acto que foi anulado com a elaboração de uma nova lista de classificação final dos candidatos expurgada do vício que conduziu à anulação do acto por força do chamado efeito preclusivo ou inibitório do caso julgado.

IV – Por força de alteração dos regulamentos disciplinadores do funcionamento do Instituto Cultural de Macau (Nos termos do Regulamento Administrativo n.º 41/2021, que alterou o Regulamento Administrativo n.º 20/2015 tem por objecto a organização e o funcionamento do Instituto Cultural e com a revogação da alínea 5) do n.º 1 do artigo 18.º deste último Regulamento, que cometia ao Instituto Cultural a competência para “assegurar as condições necessárias à expansão e divulgação da Orquestra de Macau e da Orquestra Chinesa de Macau”, a gestão e a exploração dessas orquestras passou para a Sociedade Orquestra de Macau, Limitada, entretanto criada), o Instituto Cultural teria deixado de ter competência legal para recrutar trabalhadores para exercerem funções nas orquestras propriamente ditas ou em apoio às mesmas, mas tal a apontada revogação do Regulamento Administrativo n.º 20/2015 não constitui um obstáculo inultrapassável, impossibilitador da execução do julgado anulatório, por referência ao passado, isto é, aos pressupostos de facto e de direito existentes no momento do exercício originário, embora ilegal, do poder administrativo.

V - Caso o acto administrativo anulado tivesse sido legalmente praticado no momento próprio e se dele, eventualmente tivesse resultado a graduação da Exequite em primeiro lugar na lista classificativa final, a consequência legal teria sido o seu provimento no lugar correspondente, nos

termos que decorrem linearmente do disposto n.º 1 do artigo 39.º do Regulamento n.º 14/2016, norma que consagra um verdadeiro direito ao provimento no lugar de acordo com a ordenação da lista classificativa. Eis a razão que determinou a inexistência de causa legítima da inexecução da decisão anulatória do acto administrativo em causa.

*

Tudo visto, resta decidir.

* * *

V - DECISÃO

Em face de todo o que fica exposto e justificado, os juízes do TSI acordam em:

a) - Declarar-se a inexistência de causa legítima de inexecução do acórdão anulatório proferido nos autos principais;

b) - declarar-se a nulidade do despacho da autoria da Entidade Executada que, ao abrigo do disposto no artigo 103.º, n.º 2, alínea b) do CPA, ordenou a extinção do procedimento administrativo;

c) - especificar-se que a execução daquele acórdão consiste em a Administração retomar o procedimento concursal no ponto imediatamente anterior ao do acto contenciosamente anulado, procedendo-se a nova graduação os candidatos em estrita obediência ao ali decidido, num prazo de 20 dias.

*

Sem custas por isenção subjectiva.

*

Notifique e Registe.

*

RAEM, 21 de Junho de 2023.

Fong Man Chong

(Relator)

Ho Wai Neng

(Primeiro Juiz-Adjunto)

Tong Hio Fong

(Segundo Juiz-Adjunto)

Fui presente,

Álvaro António Mangas Abreu Dantas

(Delegado Coordenador)