

Processo n.º 168/2014

(Recurso Cível)

Relator: João Gil de Oliveira

Data : 24/Julho/2014

ASSUNTOS:

- Impugnação da matéria de facto
- Contrato de trabalho de não residentes
- Regime mais favorável decorrente de um contrato celebrado entre empregador e uma empresa agenciadora de mão- de-obra
- Contrato a favor de terceiro
- Subsídio de alimentação
- Subsídio de efectividade

SUMÁRIO :

1. Há que ser muito prudente na reapreciação da matéria de facto, sendo de privilegiar a imediação vivenciada pelo Juiz do julgamento em 1ª Instância, havendo que contextualizar o depoimento da testemunha e tentar abarcar tudo aquilo que os monossílabos, se não os silêncios, encerram. Terá sido essa sensibilidade que o juiz na sua imediação não deixou de ter em relação a um certo depoimento, formalmente curto, mas substancialmente fazendo perceber toda a realidade que importaria abarcar.

2. É de aplicar a uma dada relação de trabalho, para além do regulado no contrato celebrado directamente entre o empregador e o trabalhador, o regime legal mais favorável ao trabalhador e que decorre de um contrato celebrado entre o empregador e uma Sociedade prestadora de serviços, ao abrigo do qual o trabalhador foi contratado e ao abrigo do qual, enquanto não residente, foi autorizado a trabalhar em Macau, regime esse devidamente enquadrado por uma previsão normativa constante do Despacho 12/GM/88, de 1 de Fevereiro.

3. A Lei de Bases da Política de Emprego e dos Direitos Laborais, Lei n.º 4/98/M, de 27 de Julho, publicada no BO de Macau n.º 30, I série, no artigo 9.º admite a contratação de trabalhadores não residentes quando se verificarem determinados pressupostos, estatuidos que essa contratação fica dependente de uma autorização administrativa a conceder individualmente a cada unidade produtiva.

4. O Despacho 12/GM/88 cuida tão somente do procedimento administrativo conducente à obtenção de autorização para a contratação de trabalhadores não residentes e não do conteúdo concreto da relação laboral a estabelecer entre os trabalhadores não residentes e as respectivas entidades patronais

5. O trabalhador só foi contratado porque a Administração autorizou a celebração daquele contrato, devidamente enquadrado por um outro contrato que devia ser celebrado com uma empresa fornecedora de mão-de-obra e onde seriam definidas as condições mínimas da contratação, como flui do artigo 9º, d),

d.2) do aludido despacho 12/GM/88.

6. Estamos perante um *contrato a favor de terceiro* quando, por meio de um contrato, é atribuído um benefício a um terceiro, a ele estranho, que adquire um direito próprio a essa vantagem.

7. Esta noção está plasmada no artigo 437º do CC, aí se delimitando o objecto desse benefício que se pode traduzir numa prestação ou ainda numa remissão de dívidas, numa cedência de créditos ou na constituição, transmissão ou extinção de direitos reais.

8. O subsídio de alimentação, vista a natureza e os fins a que se destina, deve estar dependente do trabalho efectivamente prestado.

9. Já o denominado subsídio de efectividade, não obstante a sua designação, tem uma natureza mais retributiva e, vistos os termos em que é concebido, atribuído por um mês sem faltas, as ausências autorizadas não o devem excluir.

O Relator,

João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 168/2014

(Recurso Cível)

Data: **24/Julho/2014**

Recorrente: **A (Macau) – Serviços e Sistemas de Segurança, Lda.**

Recorrido: **B**

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:

I - RELATÓRIO

A (MACAU) - SERVIÇOS E SISTEMAS DE SEGURANÇA LIMITADA, R. nos autos em epígrafe, em que é A. **B**, tendo sido notificada da sentença que, julgando a acção parcialmente procedente, condenou a A. a pagar ao R. a quantia total de MOP\$58,752.00, a título de diferenças salariais, trabalho extraordinário, subsídio de alimentação, subsídio de efectividade e trabalho em dia de descanso semanal, acrescida de juros, dela vem recorrer, alegando em síntese conclusiva:

a) O julgamento que incidiu sobre o ponto 23) da matéria de facto escorou-se no depoimento da testemunhas C, gravado no ficheiro "Recorded on 26Nov-2013 at 10.28.25 (0ZQSTX%105811270).WAV";

b) No respeitante à matéria do referido ponto 23), a aludida testemunha limitou-se a fazer, a instâncias do Ilustre Mandatário do A. (a 13m45s da gravação acima referida), uma descrição do procedimento geral implementado na R para a autorização de faltas dos seus

funcionários;

c) Sendo que, quando questionada pelo mandatário da R sobre se tinha efectivo conhecimento de que o A tivesse ou não dado quaisquer faltas à margem daquele procedimento geral, a testemunha C acaba por responder (a 21m25s da gravação acima referida) que "não sabe";

d) A própria testemunha admite pois que, não obstante a existência daquele procedimento, não sabe se o A sempre lhe deu cumprimento, o que deixa sem suporte probatório a conclusão, retirada pelo Tribunal recorrido, de que o A nunca faltou ao trabalho sem para tal estar autorizado pela R;

e) Levando a que se considere errado o julgamento que o Tribunal a quo proferiu sobre o ponto 23) da matéria de facto;

f) Face a todo o exposto, pela reapreciação da prova constante dos autos, nomeadamente do depoimento prestado pela testemunha C, gravados no ficheiro "Recorded on 26-Nov-2013 at 10.28.25 (0ZQSTX%105811270).WAV", deverá ser alterada a resposta ao facto contido no ponto 23) da matéria de facto provada, julgando-se aquele não provado, com as devidas consequências quanto aos pedidos formulados pelo A;

g) O Despacho consagra um procedimento de importação de mão-de-obra nos termos do qual é imposta a utilização de um intermediário com o qual o empregador deve celebrar um contrato de prestação de serviços;

h) A decisão recorrida perfilha o entendimento de que o Despacho se reveste de imperatividade e estabelece condições mínimas de contratação de mão-de-obra não residente;

i) *Contrariando tal entendimento, o Despacho em parte alguma estabelece condições mínimas de contratação ou até cláusulas-tipo que devessem integrar o contrato de trabalho a celebrar entre a entidade empregadora e o trabalhador;*

j) *É patente que o Despacho não fixa de forma alguma condições de contratação específicas e que, ainda que o fizesse, a violação dos seus termos importaria infracção administrativa, e não incumprimento de contrato de trabalho;*

k) *Assim, contrariamente ao que se propugna na decisão recorrida, nada permite concluir pela natureza imperativa do Despacho;*

l) *Decidindo em sentido inverso, o Tribunal recorrido fez errada aplicação do Despacho, nomeadamente dos seus arts. 3º e 9º;*

m) *Os Contratos são configurados na decisão a quo como contratos a favor de terceiro, nos termos do art. 437º do Código Civil;*

n) *Nesta lógica, o A. apresentar-se-á como terceiro beneficiário de uma promessa assumida pela R perante a Sociedade, com o direito de exigir daquela o cumprimento da prestação a que se obrigou perante esta;*

o) *As partes nos Contratos, assim como o próprio Despacho 12/GM/88, qualificaram-nos como "contratos de prestação de serviços";*

p) *Deles é possível extrair que a Sociedade "contratou" trabalhadores não residentes, prestando o serviço de os ceder, subsequentemente, à R;*

q) *Tais Contratos são pois efectivos contratos de prestação de serviços, não podendo ser qualificados como contratos a favor de terceiros;*

r) *Por outro lado, é unânime que a qualificação de um contrato como sendo a favor de terceiro exige que exista uma atribuição directa ou imediata a esse terceiro;*

s) *Tem-se entendido que o conceito de contrato a favor de terceiro implica a concessão ao terceiro de um benefício ou de uma atribuição patrimonial, e não apenas de um direito a entrar numa posição jurídica em que se tem a hipótese de auferir uma contraprestação de obrigações;*

t) *A obrigação da ora R é assumida apenas perante a Sociedade, não havendo intenção ou significado de conferir qualquer direito, pelo contrato de prestação de serviços, a qualquer terceiro;*

u) *Igualmente não existe nos Contratos qualquer atribuição patrimonial directa a qualquer terceiro;*

v) *Sendo pacífico que o contrato a favor de terceiro exige que a prestação a realizar seja directa e revista a natureza de atribuição, é incorrecto o entendimento de que a contratação do A. pela R. é uma prestação à qual a R ficou vinculada por força do contrato de prestação de serviços;*

w) *Não pode considerar-se que a remuneração do contrato de trabalho constitua essa atribuição, porque tal afastaria o requisito de carácter directo da prestação no contrato a favor de terceiro;*

x) *Como tal, é patente que não resulta dos Contratos nenhuma atribuição patrimonial directamente feita ao A, que este possa reivindicar enquanto suposto terceiro beneficiário;*

y) *Os Contratos ficam pois completamente no domínio do princípio da eficácia relativa dos contratos, vertido no art. 400º/2 do Código Civil (princípio res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest);*

z) *Por fim, a figura do contrato a favor de terceiro pressupõe que o promissário tenha na promessa um interesse digno de protecção legal;*

aa) *Não consta dos autos qualquer facto que consubstancie um tal interesse;*

bb) *Assim, admitindo que dos Contratos resultará qualquer direito a favor do A, sempre ficou por demonstrar que a Sociedade tivesse interesse nessa promessa, o que impede qualificação dos Contratos como contratos a favor de terceiro;*

cc) *Assim, arredada a aplicação do mecanismo do contrato a favor de terceiro, nenhum outro sobreleva que possa suportar a produção, na esfera jurídica do A, de efeitos obrigacionais emergentes dos Contratos;*

dd) *Ao decidir como o fez, o Tribunal recorrido violou o disposto nos arts. 400º/2 e 437º do Código Civil;*

ee) *Em função do correcto entendimento do Despacho e dos Contratos, conclui-se que nenhum direito assiste ab initio ao A para reclamar quaisquer "condições mais favoráveis" emergentes destes contratos;*

ff) *Pelo que não deverá ser-lhe atribuída qualquer quantia a título de putativas diferenças salariais;*

gg) *Do mesmo correcto entendimento do Despacho e dos Contratos deverá decorrer a absolvição da R. também quanto ao pedido formulado a título de trabalho*

extraordinário;

hh) Por outro lado, quanto ao regime previsto nos Contratos para o cálculo da remuneração do trabalho extraordinário, deverá entender-se que o mesmo remete para o art. 11º/2 do Decreto-Lei n.º 24/89/M, em cujo art. 11º/2, o qual deixa ao critério das partes o ajuste, em sede de contrato individual de trabalho, dos termos dessa remuneração;

ii) Cabia pois ao A alegar os termos desse ajuste contratual, o que não fez;

jj) Como tal, conclui-se que o A não demonstrou ser-lhe devida qualquer quantia adicional às que, como ficou provado no ponto 18), lhe foram oportunamente pagas pela R. como remuneração do trabalho extraordinário prestado;

kk) Ao decidir nos termos em que o fez, o Tribunal recorrido violou o art. 228º/1 do Código Civil;

ll) Do correcto entendimento do Despacho e dos Contratos resulta a sua ineficácia para atribuir ao A. qualquer direito a título de subsídio de alimentação;

mm) Por outro lado, como se viu supra, considera a R. que o A. não provou jamais ter faltado ao trabalho sem justificação ou autorização;

nn) E ainda que o tivesse feito, tal prova não seria de molde a demonstrar o número de dias de trabalho efectivo que prestou;

oo) O devido entendimento quanto à ineficácia obrigacional do Despacho e dos Contratos deve igualmente conduzir à absolvição da R. do pedido formulado a título de subsídio de efectividade;

pp) Assim sucederá também pela procedência da reapreciação requerida quanto ao ponto 23) da matéria de facto, por falta de suporte factual susceptível de integrar o direito do A. a perceber tal subsídio.

Nestes termos, pugna pela revogação da sentença.

B, Autor nos autos à margem identificados, contra-alega, defendendo a bondade do julgado:

1. Contrariamente ao alegado pela Recorrente, a douta Sentença de que recorre procedeu a uma correcta interpretação dos factos e das normas legais aplicáveis e, bem assim, a uma correcta aplicação da Lei e do Direito devendo, em consequência, manter-se na integra;

2. Partindo da prova testemunhal produzida em sede de audiência, discussão e julgamento, não existe um qualquer erro, contradição ou vício que possa inquinar o conteúdo da matéria de facto dada por provada;

3. É apenas exigível às testemunhas que se pronunciem sobre o conteúdo de um determinado quesito, e já não que se tenham de pronunciar sobre outras e/ou diferentes matérias não constantes dos quesitos que formam a base instrutória.

4. De onde, tendo a testemunha descrito pormenorizadamente o procedimento geral da Recorrente em matéria de faltas, e afirmado que Recorrido nunca terá dado qualquer falta ao trabalho sem prévio conhecimento e autorização por parte da Recorrente, nem se percebe a razão de o Mandatário da Ré ter procurado saber se o Autor terá alguma vez

faltado em violação ao referido procedimento geral, visto tal extravasar o âmbito do próprio quesito;

5. A testemunha pronunciou-se sobre a política ou procedimento geral na empresa da Recorrente, e válido para todos os guardas de segurança da mesma, porquanto durante largos anos ter igualmente exercido funções de guarda de segurança para a Recorrente nas mesmas condições que o Recorrido e outras centenas de trabalhadores de origem Filipina;

6. De onde, a testemunha revelou ser conhecedora da realidade da prestação do trabalho na empresa da Recorrente, nomeadamente quanto ao regime de faltas e ao não gozo de dias de descanso semanal por parte dos seus trabalhadores, entre os quais se inclui o ora Recorrido;

7. Assim, deve improceder todo o alegado pela Recorrente a respeito da Decisão sobre a matéria de facto, não se justificando uma qualquer reapreciação da prova produzida em sede de audiência de discussão e julgamento.

Do Direito:

8. É entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência de Macau que o Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, era um diploma com natureza e intencionalidade assumidamente normativa imperativa, destinado a definir um conjunto de requisitos tidos como mínimos e indispensáveis à contratação de trabalhadores não residentes;

9. De onde, a Recorrente tão-só poderia celebrar contratos com trabalhadores não residentes desde que o fizesse ao abrigo do respectivo «despacho de autorização

governamental», tendo por base as condições tidas por mínimas constantes do Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, as quais, por seu turno, se deveriam incorporar no clausulado do «contrato de prestação de serviços» a celebrar entre a entidade interessada (in casu a Recorrente) e uma entidade fornecedora de mão de obra não residente (in casu, a Sociedade de Apoio às Empresas de Macau, Lda.);

10. Assim, o Recorrido nunca poderia ter sido admitido como trabalhador da Recorrente (ou de qualquer outro empregador na RAEM) por via de um contrato que não tivesse obedecido ao disposto nos números 2, 3 e 9 do Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, maxime por via de um «contrato individual de trabalho», porquanto a contratação de trabalhadores não residentes estava sujeita a um regime especial e imperativo que em caso algum poderia ser derogado pelas partes, excepto para consagrar condições de trabalho mais favoráveis ao trabalhador.

11. Por outro lado, constitui igualmente jurisprudência assente ao nível do Tribunal de Segunda Instância que os Contratos de Prestação de Serviços concluídos entre a Recorrente e a Sociedade de Apoio às Empresas de Macau Limitada, e ao abrigo dos quais os trabalhadores não residentes (e, in casu, o ora Recorrido) eram autorizados a prestar trabalho, juridicamente se configuram como contratos a favor de terceiros;

12. Basta ver que do próprio conteúdo literal dos referidos contratos resulta que os mesmos - na sua grande totalidade - não se destinavam a regular as relações jurídicas dos outorgantes mas antes de terceiros, maxime dos trabalhadores que seriam recrutados pela Sociedade de Apoio às Empresas de Macau Lda. e que posteriormente eram cedidos à Recorrente (de entre os quais se inclui o ora Recorrido);

13. Assim, tratando-se de um «contrato a favor de terceiro» e repercutindo-se o

mesmo na relação jurídico-laboral existente entre a Recorrente e o Recorrido é, pois, mais do que líquido que o beneficiário da promessa (in casu, o Recorrido) adquire o(s) direito(s) - ou parte dele(s) - constantes do mesmo contrato independentemente de aceitação (art. 438.º, n.º 1 do C. Civil de Macau) e, em consequência, pode exigir o seu cumprimento directamente do obrigado (in casu, da Recorrente), tal qual acertadamente concluiu o Tribunal a quo.

14. Ao que acresce que a "tese" apresentada pela Recorrente no sentido de a Sociedade de Apoio não ter "interesse digno de protecção legal" na contratação dos trabalhadores por si recrutados a pedido da Recorrente e posteriormente "cedidos" à primeira, para além de original e inovatória - visto nunca antes ter sido formalmente apresentada - é desprovida de todo e qualquer sentido prático ou útil;

15. Por outro lado, contrariamente ao que de forma inovadora a Recorrente vem agora defender (nunca o tendo feito anteriormente), em caso algum seria admissível que Recorrido pudesse receber a título de trabalho extraordinário uma quantia que fosse inferior à que se encontrava prevista no Contrato de Prestação de Serviços como sendo a sua remuneração diária, dividindo-a por 8 horas de trabalho diário;

16. Desde logo, porque resulta do senso comum não ser de admitir que o valor da remuneração de cada hora de trabalho extraordinário prestado pudesse ser inferior ao valor da remuneração de cada hora do trabalho normal.

17. Depois, porque não resulta do Contrato de Prestação de Serviços ao abrigo do qual o Recorrido foi autorizado a prestar trabalho para a Recorrente que a atribuição do subsídio de alimentação ou subsídio de efectividade estivessem dependentes da prestação efectiva de trabalho;

18. Seja como for, nunca as faltas justificadas ou previamente autorizadas pela Recorrente poderiam ser aptas a justificar a não atribuição ao Recorrido do subsídio de alimentação ou do subsídio de efectividade, porquanto não é irrelevante que o trabalhador falte ao serviço com ou sem motivo ou mediante motivo atendível e justificado e precedido de autorização prévia por parte da respectiva entidade patronal, isto é, da Recorrente.

Nestes termos entende dever o recurso apresentado pela recorrente ser julgado totalmente improcedente.

Foram colhidos os vistos legais.

II - FACTOS

Vêm provados os factos seguintes.

“1) A Ré é uma sociedade que se dedica à prestação de serviços de equipamentos técnicos e de segurança, vigilância, transporte de valores, entre outros. (A)

2) Desde o ano de 1994, a Ré tem sido sucessivamente autorizada a contratar trabalhadores não residentes para a prestação de funções de «guarda de segurança», «supervisor de guarda de segurança», «guarda sénior», entre outros. (B)

3) Desde 1994, a Ré celebrou com a Sociedade de Apoio às Empresas de Macau Lda., entre outros, os «contratos de prestação de serviços»: n.º 02/94, de 03/01/1994; n.º 29/94, de 11/05/1994; n.º 45/94, de 27/12/1994. (C)

4) Entre 15/11/1994 e 13/09/1996, o Autor esteve ao serviço da Ré, exercendo funções de "guarda de segurança". (D)

5) Trabalhando sobre as ordens, direcção, instruções e fiscalização da Ré. (E)

6) Era a Ré quem fixava o local e horário de trabalho do Autor, de acordo com as suas exclusivas necessidades. (F)

7) Durante todo o período de tempo anteriormente referido, foi a Ré quem pagou o salário ao Autor. (G)

8) Os contratos de prestação de serviço referidos foram sempre objecto de apreciação, fiscalização e aprovação por parte da Direcção dos Serviços de Trabalho e Emprego (DSTE). (H)

9) Pela prestação de trabalho nos dias de descanso semanal, o Autor foi remunerado pela Ré com o valor de um salário diário, em singelo. (I)

10) Foi ao abrigo de um dos referidos Contrato de prestação de serviços que o Autor foi recrutado pela Sociedade de Apoio às Empresas de Macau Lda. e exerceu a sua prestação de trabalho para a Ré. (1.º)

11) Sendo o horário de trabalho de 8 horas diárias. (2.º)

12) Ao longo da relação laboral, a Ré apresentou ao Autor vários contratos individuais de trabalho que foram assinados pelo Autor. (3.º)

13) A relação de trabalho entre a Ré e o Autor cessou em 13 de Setembro de 1996, por iniciativa da Ré. (4.º - acordo das partes)

14) Do conteúdo do «Contrato de Prestação de Serviço», junto aos autos, e aprovado pela DSTE, ficou expressamente estipulado que os trabalhadores não-residentes ao serviço da Ré - e, em concreto o Autor, teriam o direito a auferir, no mínimo, a quantia de MOP90.00 por dia, por 8 horas de trabalho diárias. (5.º)

15) Entre 15 de Novembro de 1994 e Setembro de 1995, como contrapartida da actividade prestada, a Ré pagou ao Autor a quantia de MOP1,500.00, mensais. (6.º - acordo das partes)

16) Entre 1 de Outubro de 1995 e 13 de Setembro de 1996, como contrapartida da actividade prestada, a Ré pagou ao Autor a quantia de MOP1,700.00, mensais. (7.º - acordo das partes)

17) Entre 15 de Novembro de 1994 e 13 de Setembro de 1996, o Autor trabalhou em turnos de 12 horas de trabalho por dia. (8.º)

18) Durante aquele período de tempo, a Ré sempre remunerou o trabalho extraordinário prestado pelo Autor à razão de MOP8.00 por hora. (9.º - acordo das partes)

19) A remuneração horária mínima constante do «Contrato de Prestação de Serviço» aprovado pela DSTE é de MOP11.25. (10.º)

20) Do «Contrato de Prestação de Serviço» aprovado pela DSTE, ficou expressamente estipulado que os trabalhadores não residentes ao serviço da Ré e, em concreto o Autor, - teriam o direito a auferir a quantia de MOP15.00 diárias, a título de subsídio de alimentação. (11.º)

21) Ao longo de toda a relação de trabalho entre a Ré e o Autor, nunca a Ré pagou

ao Autor qualquer quantia a título de subsídio de alimentação. (12.º)

22) Do «Contrato de Prestação de Serviço» aprovado pela DSTE, ficou expressamente estipulado que os trabalhadores não residentes ao serviço da Ré - e, em concreto o Autor, - teriam o direito a auferir um subsídio mensal de efectividade «igual ao salário de quatro dias», sempre que no mês anterior não tenha dado qualquer falta ao serviço. (13.º)

23) Durante todo o período da relação laboral entre a Ré e o Autor, nunca o Autor - sem conhecimento e autorização prévia pela Ré - deu qualquer falta ao trabalho. (14.º)

24) Durante todo o período da relação laboral entre a Ré e o Autor, nunca a Ré atribuiu ao Autor qualquer quantia a título de «subsídio mensal de efectividade de montante igual ao salário de 4 dias». (15.º)

25) Por solicitação da Ré, durante todo o período da relação laboral, o Autor prestou serviço em todos os seus dias de descanso semanal, durante 12 horas por dia, e não lhe foi concedido um dia de descanso compensatório. (16.º)”

III - FUNDAMENTOS

1. O objecto do presente recurso passa pela análise das seguintes questões:

- Julgamento da matéria de facto;
- Configuração jurídica do contrato celebrado;
- Análise das diferentes compensações.

2. Decisão sobre a matéria de facto

Da prova relativa aos pontos 21 e 23 da matéria provada.

Atentemos no que diz a recorrente, não se pondo em causa que o que vem transcrito foi exactamente aquilo que a testemunha – a única testemunha ouvida em julgamento – disse efectivamente :

“No que à matéria do presente recurso importa, encontra-se provado o seguinte facto:

23) Durante todo o período da relação laboral entre a Ré e o Autor, nunca o Autor - sem conhecimento e autorização prévia pela Ré - deu qualquer falta ao trabalho.

Ora, considera a R. que o julgamento de facto que incidiu sobre o referido ponto se mostra equivocado, devendo a correcta ponderação dos meios de prova constantes dos autos conduzir a decisão distinta.

Para a prova do facto acima elencado, o Tribunal recorrido louvou-se no depoimento da testemunha C, cujo depoimento se encontra gravado sob o ficheiro denominado "Recorded on 26-Nov-2013 at 10.28.25 (0ZQSTX%1 05811270).WAV".

Salvo o devido respeito, a audição de tal depoimento infirma as conclusões que dele foram extraídas pelo Tribunal recorrido.

Efectivamente, no respeitante à matéria do ponto 23) da matéria de facto, a

instâncias do Ilustre Mandatário do A, a testemunha (a 13m45s da gravação acima referida) limitou-se a fazer uma descrição do procedimento geral implementado na R. para a autorização de faltas dos seus funcionários, sem que no entanto tenha logrado demonstrar qualquer conhecimento específico quanto ao facto de o A ter ou não observado tal procedimento.

Mais ainda, quando questionada pelo mandatário da R. acerca da origem do seu invocado conhecimento sobre a inexistência de quaisquer faltas dadas pelo A à margem daquele procedimento geral, a testemunha acaba por responder (a 21m25s da gravação acima referida) que "não sabe" se assim aconteceu.

A própria testemunha admite pois que, não obstante a existência daquele procedimento, não sabe se o A sempre lhe deu cumprimento, deixando assim sem suporte probatório a conclusão, retirada pelo Tribunal recorrido, de que o A nunca faltou ao trabalho sem para tal estar autorizado pela R ..

A R. considera pois que o julgamento de provado que incidiu sobre a matéria do ponto 23) se mostra equivocado, por não ter amparo na prova produzida em julgamento.

Face a todo o exposto, pela reapreciação da prova constante dos autos, nomeadamente do depoimento prestado pela testemunha C (gravado sob o ficheiro denominado "Recorded on 26-Nov-2013 at 10.28.25 (0ZQSTX%105811270).WAV", deverá ser alterada a resposta ao facto contido no ponto 23) da matéria de facto provada, julgando-se aquele não provado, com as devidas consequências quanto aos pedidos formulados pelo A."

Passamos aqui a verter o entendimento que já noutros processos temos mantido sobre esta aparente insuficiência probatória.

À primeira vista, esta alegação parece impressionar, mas importa colocarmo-nos na particular posição da testemunha, também ele trabalhador, naturalmente condicionado, se não fragilizado, ao depor num ambiente que lhe é estranho, sobre uma relação laboral que ele próprio vivenciou em termos próximos àqueles em que depôs, numa acção movida contra a ex-entidade patronal.

Há que contextualizar aquele depoimento e tentar abarcar tudo aquilo que os monossílabos, se não os silêncios, encerram.

Terá sido essa sensibilidade que o Mmo Juiz na sua imediação não deixou de ter em relação àquele depoimento, formalmente curto, mas substancialmente fazendo perceber toda a realidade que importaria abarcar.

A testemunha mostrou conhecer a matéria sobre a qual foi questionado, visto durante largos anos ter igualmente exercido funções de guarda de segurança para a Ré/Recorrente nas mesmas condições que o autor e as demais centenas de trabalhadores de origem Filipina.

Num primeiro momento poder-se-ia ser sensível àquela pergunta do Ilustre Advogado, reformulada perante uma primeira incompreensão da testemunha, se ela podia ter a certeza absoluta de que fora daquelas circunstâncias autorizadas o autor teria faltado, ao que a testemunha respondeu “não sei”, mas essa dúvida para além de poder traduzir a chamada dúvida

metódica, não pode deixar de se contextualizar nas práticas da empresa, não sendo difícil realizar, no contexto conhecido da realidade laboral de Macau e da contratação não-residente que se assim não fosse, o trabalhador estaria com muita probabilidade de ser automaticamente despedido.

Na linha do que já noutro passo se avançou e sem querer inverter as regras do ónus da prova importa registar que também por seu lado a ré, ora recorrente, nada fez para infirmar o que se perguntava, ou sequer se dignou a juntar documentação relativa a tais matérias, ou sequer apresentou uma qualquer outra testemunha que pudesse vir a infirmar o afirmado pela parte e sustentado pela testemunha ouvida, sendo que lhe cabia, ao nível da impugnação ter tomado posição marcada, definida, especificada sobre uma questão que também ela não podia ignorar.

Anota-se que sobre a alegada falta de certezas, o Mmo Juiz não deixou de consignar:

“A resposta aos factos 8, 12, 14 a 16 (está em causa o quesito 14º) decorre do depoimento da testemunha arrolada pelo autor ouvida em audiência que revelou conhecimento directo das circunstâncias à descritas (por, desde logo, ter ele próprio sido um empregado da Ré e colega de trabalho do Autor) num depoimento claro e sem contradições, explicando assim o horário de trabalho do Autor, o valor pago pelas horas extraordinárias, a inexistência de qualquer subsídio de alimentação ou de efectividade, bem como sobre a inexistência de qualquer dia de descanso, explicando ainda qual era a política da empresa relativamente à possibilidade de os trabalhadores faltarem ao

serviço”

Não nos impressiona especialmente alguma incompleição ou menos certeza por o facto a averiguar corresponder a uma prática generalizada, comunicável entre os trabalhadores entre si que não deixariam de falar e de bem saber o que se passava com os colegas, anotando-se até o facto de terem chegado a trabalhar juntos no Aeroporto durante dois meses, donde é natural que eles se conhecessem e falassem entre si, mesmo depois disso.

Mostra a testemunha que tinha bem conhecimento do funcionamento, horários, pagamentos e das práticas na empresa.

Não se deixa ainda de referir o entendimento que vem sendo sustentado neste Tribunal de Segunda Instância, a propósito da reapreciação da matéria de facto em matéria cível:¹

“Ora, é certo que o princípio da livre apreciação da prova (art. 558º, do CPC) não surge na lei processual como um dogma que confere total liberdade ao julgador, uma vez que o tribunal não pode alhear-se de critérios específicos que o obrigam a caminhar em direcção determinada, de que é exemplo a inversão do ónus de prova em certos casos, a prova legal por confissão, por documentos autênticos, por presunção legal, etc. Mas, por outro lado, também é certo que a convicção do julgador é o farol de uma luz que vem de dentro, do íntimo do homem que aprecia as acções e omissões do outro. Portanto, se a prova só é “livre” até certo ponto, a partir

¹ - Ac. do TSI, Proc. n.º 562/2013, de 8/5/2014

do momento em que o julgador respeita esse espaço de liberdade sem ultrapassar os limites processuais iminentes, a sindicância ao trabalho do julgador, no tocante à matéria de facto, só nos casos e moldes restritos dos arts. 599º e 629º do CPC pode ser feita (Ac. do TSI, de 18/07/2013, Proc. n.º 50/2013).

Por isso se diz que, geralmente, o princípio da imediação e da livre apreciação das provas impossibilita o Tribunal de recurso de censurar a relevância e credibilidade que o Tribunal recorrido atribuiu ao depoimento de testemunhas a cuja inquirição procedeu (Ac. TSI, de 19/10/2006, Proc. n.º 439/2006).”

Assim, sem mais, improcede todo o alegado pela recorrente a respeito da decisão sobre a matéria de facto.

3. Do regime aplicável à relação laboral em presença, da imperatividade do Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro e da configuração de um contrato a favor de terceiros

3.1. Sobre esta questão é conhecida a posição dominante nos Tribunais de Macau no sentido de que o Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, era um diploma com natureza e intencionalidade assumidamente normativa imperativa, destinado a definir um conjunto de requisitos tidos como mínimos e indispensáveis à contratação de trabalhadores não residentes.

Assim, qualquer entidade interessada - e *in casu* a recorrente - tão só poderia celebrar contratos com trabalhadores não residentes desde que o fizesse

ao abrigo do respectivo «despacho de autorização governamental», tendo por base as condições tidas por mínimas constantes do Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, as quais, por seu turno, se deveriam incorporar no clausulado do «contrato de prestação de serviços» a celebrar entre a entidade interessada (*in casu* a recorrente) e uma entidade fornecedora de mão-de-obra não residente (*in casu*, a Sociedade de Apoio às Empresas de Macau, Lda.).

Daí que o recorrido nunca poderia ter sido admitido como trabalhador da recorrente (ou de qualquer outro empregador na RAEM) por via de um contrato que não tivesse obedecido ao disposto nos números 2, 3 e 9 do Despacho n.º 12/GM/88, de 1 de Fevereiro, *máxime* por via de um «contrato individual de trabalho», porquanto a contratação de trabalhadores não residentes está, como já se deixou dito, sujeita a um regime especial e imperativo que em caso algum poderá ser derrogado pelas partes, excepto para consagrar condições de trabalho mais favoráveis ao trabalhador.

3.2. Vamos repetir o que já noutros acórdãos aqui se tem afirmado.²

Importa atentar no regime da contratação dos não residentes.

Não sem que se observe que, em princípio, só em relação aos residentes há liberdade negocial. A contratação dos não residentes está condicionada a uma autorização administrativa e se é assim actualmente, também o foi no passado.

² - V.g., A. do TSI, Proc. 574/2010, de 12/5/2011

Esta nota é muito importante para a abordagem do caso vertente, na medida em que os termos e condicionamentos de uma contratação como a presente não dependem ou não podem depender pura e simplesmente da vontade dos contratantes, empregador e trabalhador.

Ora, na lógica do defendido pela recorrida este condicionalismo é marginalizado.

A Lei de Bases da Política de Emprego e dos Direitos Laborais, Lei n.º 4/98/M, de 27 de Julho, publicada no BO de Macau n.º 30, I série, no artigo 9.º admite a contratação de trabalhadores não residentes quando se verifiquem determinados pressupostos, estatuidando que essa contratação fica dependente de uma autorização administrativa a conceder individualmente a cada unidade produtiva.

Por sua vez, o Regime Jurídico das Relações de Trabalho estabelecido pelo Decreto-lei n.º 24/89/M, de 03 de Abril, vigente até 01 de Janeiro de 2009 (altura em que entrou em vigor a Lei n.º 7/2008, Lei das Relações de Trabalho) e aprovado para definir os condicionalismos mínimos que devem ser observados na contratação entre os empregadores directos e os trabalhadores residentes, tal como resulta do seu artigo 1.º, n.º 2, esclareceu ele próprio que não seria aplicável a alguns conjuntos de relações de trabalho, entre os quais as relações de trabalho entre empregadores e trabalhadores não residentes, que seriam reguladas por **normas especiais** que se encontrem em vigor, nos termos do artigo 3.º, n.º 3, alínea d).

Essas normas especiais foram (não se conhecem outras), até à

entrada em vigor da Lei n.º 21/2009 de 27.10, no dia 25 de Abril de 2010, as previstas no Despacho n.º 12/GM/88 de 01 de Fevereiro, considerando que o Dec.-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto, onde no capítulo VII se previa a contratação de trabalhadores estrangeiros, apátridas e no capítulo VIII a de cidadãos chineses provenientes da RPC, aí se regulando os pressupostos de contratação e, em relação ao primeiro grupo ainda um conjunto de princípios que deviam enformar essa contratação, em particular a não discriminação baseada na nacionalidade (artigo 51º), foi revogado pelo já referido Decreto-lei n.º 24/89/M, de 03 de Abril.

Convém aqui fazer um parêntesis e analisar uma pretensa invalidade desse Despacho n.º 12/GM/88 de 01 de Fevereiro.

Esse Despacho foi proferido pelo então Governador no âmbito das suas funções executivas (art. 16º, n.º 2 do estatuto Orgânico de Macau - EOM - então em vigor), que a função legislativa que ao governador então incumbia e devia ser exercida por Decreto-Lei, conforme dispunha o artigo 13º e que a regulamentação das relações laborais, ainda que com não residentes não podiam caber dentro das funções executivas e ser regulada por um simples Despacho.

O Despacho 12/GM/88 cuida tão-somente do procedimento administrativo conducente à obtenção de autorização para a contratação de trabalhadores não residentes e não do conteúdo concreto da relação laboral a estabelecer entre os trabalhadores não residentes e as respectivas entidades patronais.

Não se trata de um regime jurídico de determinadas relações laborais, antes de um prontuário procedimental a que devem obedecer as contratações de um determinado grupo de trabalhadores, traduzindo-se muitas das normas em condicionamentos e instruções dirigidas aos respectivos Serviços, não tendo a natureza normativa instituidora de direitos e obrigações para os sujeitos da relação laboral.

As normas específicas, constantes desse Despacho normativo, vigente enquanto esteve em execução o contrato de trabalho junto aos autos, regulam o procedimento para admissão em Macau de mão-de-obra não residente, impondo, nomeadamente, à Ré, enquanto empresa empregadora as condições mínimas de contratação que estava disposta a conceder ao trabalhador não residente, para obter a necessária aprovação do Gabinete do Secretário-Adjunto para os Assuntos Económicos, mas esse Despacho nada refere quanto aos princípios, às condições, aos direitos, deveres e garantias a que fica sujeita essa relação de trabalho.

Esta questão não se coloca na actualidade uma vez que o artigo 20.º da Lei n.º 21/2009 de 27/Out. (Lei da contratação de trabalhadores não residentes) estabelece a aplicação subsidiária do regime geral das relações de trabalho aos contratos com trabalhadores não residentes (aplicação subsidiária essa que já é consentânea com a redacção do artigo 3.º, n.º 3, 1) da Lei n.º 7/2008, Lei das Relações de Trabalho), mas no âmbito do Despacho n.º 12/GM/88 de 01 de Fevereiro, não existia qualquer remissão para o Regime Jurídico das Relações de Trabalho estabelecido pelo Decreto-lei n.º 24/89/M, de 03 de Abril, sendo certo que este último diploma mesmo referia, como supra se consignou, que os contratos de trabalho celebrados entre empregadores e

trabalhadores não residentes não seriam por ele abrangidos por estarem reguladas pelas normas especiais que se encontrem em vigor, como já acima dito.

Perante este quadro, não temos grande dificuldade em superar as críticas quanto a uma pretensa ineficácia por invalidade formal do dito Despacho, uma vez que não se trata de um diploma legislativo - no sentido estrito e formal de lei, enquanto *disposição genérica provinda do órgão competente no limite da sua competência legislativa*³ - e não tem razão quem pretende ver nele força bastante para coarctar a liberdade negocial dos cidadãos pois que tal argumento não colhe pela razão simples de que a limitação e condicionamento do trabalho de não residentes em Macau resulta de diplomas legislativos próprios, sob pena de ter de se considerar que como não se podia limitar a liberdade contratual dos empregadores por essa via seria franqueada a porta de Macau para qualquer pessoa não residente que aqui pretendesse trabalhar. Ou seja, não é esse Despacho que condiciona a admissão de não residentes. Estes não podem trabalhar, em princípio, pela razão simples de que aqui não podem residir.

3.3. Temos, por conseguinte, por inabalada a eficácia do Despacho n.º 12/GM/88 de 01 de Fevereiro.

Importa, então, apurar sobre o regime jurídico aplicável ao contrato de trabalho em presença.

Não é difícil perceber que ele deve ser iluminado por um conjunto de

³ - Cfr. art. 1.º do CC; Oliveira Ascensão, IAED, AAFDL, 1970, 241

fontes reguladoras do regime jurídico aplicável ao caso - contratação administrativamente condicionada -, a saber:

- o Despacho n.º 12/GM/88 de 01 de Fevereiro;
- o contrato celebrado entre a Ré e a Sociedade de Apoio às Empresas de Macau, Lda.
- o contrato celebrado entre o A. e a Ré;
- o RJRL (DL24/89/M, de 3/Abril), na medida em que remissivamente aplicável.

Tanto mais que se sabe que a Ré foi autorizada a contratar trabalhadores não residentes, entre os quais o ora Autor, para a prestação de funções relacionadas com a actividade de segurança privada.

O que foi feito ao abrigo do artigo de um contrato de prestação de mão de obra com a Sociedade de Apoio às Empresas de Macau, Lda, conforme previsto nos artigos 3º, 7º, 8º, 9º do Despacho n.º 12/GM/88.

Isto é, o contrato com o A. só foi celebrado porque a Administração autorizou a celebração daquele contrato, devidamente enquadrado por um outro contrato que devia ser celebrado com uma empresa fornecedora de mão-de-obra e onde seriam definidas as condições mínimas da contratação, como flui do artigo 9º, d), d.2) do aludido despacho 12/GM/88:

“9. O procedimento para a admissão de mão-de-obra não-residente observará os trâmites seguintes:

a) O requerimento da entidade interessada será presente no Gabinete do Secretário-Adjunto para os Assuntos Económicos que despachará, mandando ouvir sobre o mesmo o Gabinete para os Assuntos de Trabalho e a Direcção dos Serviços de Economia, ou determinará a prestação dos esclarecimentos que julgue convenientes;

b) O Gabinete para os Assuntos de Trabalho e a Direcção dos Serviços de Economia pronunciar-se-ão sobre o pedido no prazo de 10 dias úteis;

c) Obtidos os pareceres referidos na alínea anterior, será proferido despacho que decidirá da admissão solicitada, determinando à requerente que, em caso afirmativo, faça presente o contrato de prestação de serviços com entidade habilitada como fornecedora de mão-de-obra não-residente, tal como previsto no n.º 7;

d) O contrato será remetido ao Gabinete para os Assuntos de Trabalho, a quem compete verificar e informar se se encontram satisfeitos os requisitos mínimos exigíveis para o efeito, designadamente os seguintes:

d.1. Garantia, directa ou indirecta, de alojamento condigno para os trabalhadores;

d.2. Pagamento do salário acordado com a empresa empregadora;

d.3. Assistência na doença e na maternidade;

d.4. Assistência em caso de acidentes de trabalho e de doenças profissionais;

d.5. Repatriamento dos trabalhadores considerados indesejáveis. (Os deveres mencionados em d.3. e d.4. serão obrigatoriamente garantidos através de seguro);

e) Fornecidos os elementos de informação referidos na alínea anterior será proferido despacho que decidirá da aprovação das condições de contratação dos trabalhadores não-residentes, fazendo remeter o processo ao Comandante das Forças de Segurança de Macau;

f) O Comandante das Forças de Segurança de Macau proferirá despacho, determinando lhe seja presente a lista nominativa dos trabalhadores a recrutar, e decidindo, posteriormente, sobre a sua entrada e permanência no Território.”

3.4. É assim que as condições previstas no aludido contrato ganham força, sendo, como é óbvio, vista a natureza da relação laboral e os contornos administrativos a que é sujeita, que as condições de trabalho menos favoráveis para o trabalhador, resultantes do contrato de trabalho entre este e o empregador, não-de ceder necessariamente perante as resultantes do contrato celebrado entre o empregadora e a empresa fornecedora mão-de-obra, condição decorrente da autorização de relação laboral em causa.

É certo que o contrato de trabalho, como negócio jurídico obrigacional, se baseia na autonomia privada, a qual engloba para além da liberdade de celebração, a liberdade de estipulação. Como ensina Pedro Romano Martinez, “*como em qualquer negócio jurídico, as partes têm, liberdade de conformar as regras contratuais aos interesses que pretendem prosseguir. Todavia, no*

domínio laboral, a liberdade de estipulação contratual encontra-se limitada; a especial protecção do trabalhador, que o Direito do Trabalho pretende conferir, leva a que, frequentemente, se condicione a liberdade das partes na conformação das regras contratuais, até porque, não raras vezes, a situação factual de desigualdade entre as partes potenciaria o estabelecimento de regras desfavoráveis para o trabalhador”.

Razões estas, se não apodícticas, observáveis na nota preambular do referido Despacho n.º 12/GM/88, em que para além da contemplação dos interesses protagonizados pela defesa da mão-de-obra local e dos protagonizados pelos interesses empresariais se sublinhou o seguinte:

“Da parte do Governador há ainda a considerar um terceiro aspecto da questão, que é o de não consentir no Território situações que contendam com o padrão mínimo, ou que como tal seja aceite pela consciência social, relativamente às condições de alojamento da população trabalhadora, Entendeu-se assim que a solução do problema passava por uma clara distinção. entre as situações de emprego dos residentes, estas reguladas pela lei aplicável entre empregador e empregado como sujeitos autónomos de direitos e obrigações, e as situações de emprego de não-residentes, que, ao contrário das primeiras, traduzirão um vínculo de contrato de prestação de serviços com terceiras entidades. Estas tem que se responsabilizar pelo alojamento dos trabalhadores ocasionais e pelo pagamento dos salários que lhes sejam devidos, bem como pelo seu repatriamento quando os considerem dispensáveis. Fica claro, de qualquer forma, que esses trabalhadores ocasionais não têm qualquer direito de permanência em Macau. Nem de outra forma seria possível avançar, como é firme propósito do Governador, em defesa

dos interesses dos trabalhadores residentes no Território. Para tal, estes hão-de constituir uma massa determinada, com peso específico próprio.

Nesta primeira fase, tal defesa consiste na regulação das condições de oferta do mercado, pedindo que os trabalhadores sob custódia de uma terceira entidade contratados por via de contrato de prestação de serviços possam constituir-se numa pressão que resulte em prejuízo dos trabalhadores residentes, quer no que diz respeito à estabilidade do emprego, quer no que diz respeito ao nível dos salários. E trata-se, é bom que se diga, de uma solução que se aceita a título experimental, determinada pela extrema complexidade da matéria e pela urgência que havia em dar-lhe encaminhamento. Por isso, aliás, se introduz por via do simples despacho, aproveitando a feliz circunstância de não parecer que algum normativo de grau superior a tal se oponha.”

Torna-se assim mais claro o enquadramento que deve presidir ao estabelecimento do regime jurídico da relação em apreço e que passa pela aplicação das normas mais favoráveis que de qualquer um dos contratos em referência resulte, até em nome do princípio do *favor laboratoris*, entendido este como um princípio geral do Direito do Trabalho, com assento na concepção das opções legislativas *pro operario* e não como derogando as regras imperativas da interpretação das normas decorrentes do Direito Civil.⁴

3.5. Face à defesa, por banda da empregadora, aqui recorrente, da

⁴ - Pedro Romano Martinez, ob. cit., 220

exclusão, em termos de caracterização do contrato entre a Ré e a Sociedade de Apoio às Empresas de Macau, Lda., da natureza ínsita a qualquer dos contratos-tipo como contrato a favor de terceiro não nos eximiremos a algumas poucas palavras sobre o assunto.

Antes de mais, reafirmamos que a força da vinculação a tal regime resulta das normas condicionantes da autorização de trabalho, administrativamente contempladas. Isto é, só o trabalho prestado naquele condicionalismo seria autorizado. Donde, tais cláusulas, previstas nesse contrato serem condição de concessão de autorização de trabalho para aquela situação em concreto.

Daqui cai por terra o argumento avançado na douta alegação da recorrente quanto à falta do interesse atendível na celebração de um contrato a favor de terceiro por parte da Sociedade de Apoio às Empresas de Macau, sendo evidente que a sua intervenção na importação de mão-de-obra é um instrumento de condicionamento das regras a aplicar à mão de obra não residente, só assim sendo admitida a tal importação.

Não se pode proceder a uma análise desgarrada desse enquadramento e desse condicionalismo, donde o regime jurídico aplicável resultar desse acervo clausulado.

Não poucas vezes a realidade da vida é mais rica do que a realidade

conceptualizada e, assim, as soluções do legislador não são bastantes para abarcar toda a factualidade.

Isto, para enfatizar que, por isso mesmo, os institutos previstos pelo legislador não são o bastante para regular toda a realidade negocial e daí que se devam conjugar, até em nome da liberdade contratual, diferentes contratos, surgindo-nos as situações de negócios mistos ou inominados.

É a partir desta constatação que nos damos a perguntar a nós próprios o que impede, em termos meramente de autonomia privada e de liberdade contratual, que alguém assuma perante outrem a obrigação de dar trabalho a um terceiro, mediante certas condições e estipulações. Sinceramente que não nos ocorre nenhum obstáculo.

Estamos perante um *contrato a favor de terceiro* quando, por meio de um contrato, é atribuído um benefício a um terceiro, a ele estranho, que adquire um direito próprio a essa vantagem.⁵

Esta noção está plasmada no artigo 437º do CC, aí se delimitando o objecto desse benefício que se pode traduzir numa prestação ou ainda numa remissão de dívidas, numa cedência de créditos ou na constituição, transmissão ou extinção de direitos reais.

O objecto imediato do contrato a favor de terceiro pode ter, na verdade, diversa natureza jurídica e os mais diferentes conteúdos económicos, bastando

⁵ - Diogo Leite Campos, *Contrato a favor de terceiro*, 2ªed., 1991, 13

que a aquisição pelo terceiro seja de um benefício ou de uma vantagem.⁶

A Ré compromete-se com uma dada Sociedade a dar trabalho ao A. e assume o compromisso de o fazer em determinadas condições.

Sinceramente que não vemos onde não exista aqui a assunção de uma prestação, qual seja a de dar trabalho a A, a de contratar com ele e a de lhe pagar X.

Prestação é a *conduta a que o devedor está obrigado ou seja o comportamento devido*, na expressão lapidar do Prof. Pessoa Jorge.⁷

Ora o facto de a Ré ter assumido a obrigação de dar trabalho, tal não é incompatível com uma prestação de contratar, relevando aí a modalidade de uma *prestação de facere*. Uma *prestação de facto*, na verdade, pressupõe o desenvolvimento, em prol do credor, de determinada actividade e pode até traduzir-se numa prestação de um facto jurídico quando as actividades desenvolvidas são jurídicas.⁸

As coisas, postas assim, tornam-se agora mais claras e o instituto em referência mais se encaixa no nosso caso.

Nem o facto de a Ré se ter comprometido a celebrar um contrato exclui o enquadramento que se persegue.

⁶ - Leite de Campos, ob. cit., 17

⁷ - Obrigações, 1966, 55

⁸ - Menezes Cordeiro, Dto Obrig., 1980, 1º, 336 e 338

O benefício para o terceiro está, como bem se alcança, não só na *chance* de obter trabalho (para mais enquanto não residente) e das utilidades e vantagens materiais que daí decorrem para o trabalhador, parte terceira nesse contrato, bem como das condições que a Ré se compromete a observar em benefício do trabalhador.

Aliás, esta possibilidade de acoplação entre o contrato primitivo e o contrato de trabalho posteriormente celebrado entre A. e Ré resulta como uma decorrência das obrigações primitivamente assumidas. É a primeira relação contratual, a *relação de cobertura*, que origina e modela a segunda relação, a relação entre o promitente e o terceiro.⁹

Ora, nada obsta que desta relação entre o promitente e o terceiro, para além do assumido no primitivo contrato entre o promitente e o promissário, nasçam outras obrigações como decorrentes de um outro contrato que seja celebrado entre o promitente (Ré, empregadora) e o terceiro (A., trabalhador).¹⁰

Esta aproximação encontramos-la também em Pires de Lima e A. Varela, enquanto anotam que “o artigo 443º(leia-se 437º) trata não só dos casos em que todo o contrato estabelecido a favor de terceiro, como daqueles em que o contrato ou negócio a favor de terceiro se insere no contexto de um outro contrato, ao lado dele, sem prejuízo de um e outro se integrarem unitariamente na mesma relação contratual. É o que sucede, por exemplo, na doação ou no legado com encargo a favor de terceiro que pode ser um direito de preferência

⁹ - Leite de Campos, ob. cit.27

¹⁰ - Leite Campos, ob. cit. 79 e 115

sobre a coisa doada ou legada, ou ainda na instituição de uma fundação com encargo a favor de pessoa ou pessoas determinadas.”¹¹

Quanto ao argumento que do contrato a favor de terceiros não podem nascer obrigações para o terceiro beneficiário, como está bem de ver, elas não resultam desse contrato, mas sim do contrato de trabalho entre o patrão e o empregado.

3.6. Nem se diga que esta posição contraria o sufragado por este Tribunal quando chamado a decidir sobre a excepção relativa à competência do Tribunal, nos termos da qual a ré propugnava pelo cometimento ao tribunal arbitral.

Como nessas decisões já se afirmou, configurar uma ou mais cláusulas do referido contrato, estranho ao trabalhador, como estipuladas a favor de terceiro (neste caso o A.), daí não decorre que essa qualificação se projecte, sem mais, sobre *todo* o contrato (cfr. art. 400.º, n.º 2 e 437º, n.º 1 do Código Civil).

O Código Civil, no artigo 438.º, n.º 1, dispõe que *"O terceiro a favor de quem for convencionada a promessa adquire direito à prestação, independentemente de aceitação"*

Ora o direito que se estabelece traduz-se num concreto direito à prestação, independentemente de aceitação; nada mais.

¹¹ - CCAnot. 4ªed.,1987, vol I, 426

Nem outros direitos a favor de outrem estabelecidos no contrato, muito menos deveres, encargos ou sujeições integrarão a esfera jurídica do terceiro a favor de que tenha sido concretamente instituído um determinado direito.

Para além de que será de entender que essa cláusula compromissória de competência abrange apenas a *relação de cobertura ou de provisão* entre o promitente e o promissário e não já *relação provisionada* entre o promitente e o terceiro, ou a *relação de valuta* entre o promissário e o terceiro.

Posto isto, somos a sufragar o entendimento acolhido na douta sentença recorrida.

4. Das diferenças salariais

Face à posição acima assumida, as diferenças salariais levadas em conta na sentença recorrida não merecem qualquer reparo.

5. Do trabalho extraordinário

Ainda aqui não merece reparo a quantia arbitrada, não se podendo admitir que o trabalhador ganhasse pelo serviço extraordinário menos do que pelo serviço normal.

Serve aqui a posição expressa no acórdão n.º 737/2010, deste TSI:

“O Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril, não prevê sobre a forma ou o modo de fixação do acréscimo de salário pela prestação de trabalho extraordinário, nem sobre o montante mínimo desse acréscimo salarial, mas isto não representa que a “livre” fixação, em sede do art. 11.º, n.º 2, desse diploma legal, do valor remuneratório de cada hora extra de trabalho possa nomeadamente prejudicar as condições de trabalho mais favoráveis já observadas e praticadas entre a própria sociedade comercial arguida e os trabalhadores ofendidos então ao seu serviço (cfr. A norma do n.º 1 do art. 5.º do próprio Decreto-Lei).

Na verdade, não se pode admitir, ao arrepio do senso comum das pessoas, como fosse concretamente mais favorável a esses trabalhadores o facto de o valor da remuneração de cada hora extra do trabalho ser ainda inferior ao valor da remuneração de cada hora do trabalho normal.”

6. Do subsídio de alimentação e de efectividade

Não se abalando a matéria dada como provada, de que o trabalhador prestou serviço todos os dias por que perdurou a relação laboral, ainda aqui não merece qualquer censura o que foi decidido, reafirmando-se a posição já anteriormente assumida neste TSI de que o subsídio de alimentação só é devido quando o trabalhador presta serviço¹² e já não assim com o serviço de efectividade¹³.

¹² - Ac. 376/2012, 322/2013, 78/2012 e 414/2012

¹³ - Ac. 322/2013

O subsídio de alimentação ou de refeição depende da prestação efectiva de trabalho, fazendo todo o sentido que assim seja, tendo até em vista a sua natureza e os fins a que se propõe. Destinar-se-á a fazer face a um custo suplementar a suportar por quem trabalha e por quem tem de comer fora de casa ou com custos acrescidos por causa do trabalho.

É esta a Jurisprudência deste Tribunal, concretizada no acórdão n.º 376/2012, de 14/6, onde se fez constar:

“Ora, este subsídio tem uma função social radicada numa despesa alimentar efectuada por causa da prestação de trabalho efectiva.”¹⁴

E embora tenha havido por parte da jurisprudência alguma tendência para o considerar prestação retributiva, a verdade é que nem por isso outra a associava, mesmo assim, à noção de trabalho efectivo, tal como, por exemplo, foi asseverado no Ac. da Relação de Lisboa de 29/06/1994, Proc. n.º 092324 “ Quer a Jurisprudência, quer a Doutrina têm vindo a entender que o subsídio de alimentação, sendo pago regularmente, integra o conceito de retribuição Porém, estando ligada essa componente salarial à prestação de facto do trabalho, só será devida quando o trabalhador presta serviço efectivo à entidade patronal...”.

Com o art. 260º do Código do Trabalho Português, o panorama mudou de figura, pois o n.º 2, do art. 260º deixou claro que esse subsídio não devia ser considerado remuneração, salvo nos casos em que o seu valor excede o montante da despesa alimentar. E assim, terá ficado mais claro que ele só é assumido pelo empregador por causa da prestação efectiva de trabalho. Ele “visa compensar uma

¹⁴ - Neste ponto, corrige-se a posição anteriormente tomada no proc. n.º 781/2011.

*despesa diariamente suportada pelos trabalhadores quando realiza a sua actividade”.*¹⁵ Ou “...visa compensar uma despesa na qual o trabalhador **incorre diariamente, sempre que vai trabalhar...**” (destaque nosso).¹⁶

Em Macau, não está regulada a atribuição destes subsídios, mas não cremos que o sentido da sua natureza que melhor se adequa à geografia local é aquele que atrás descrevemos. Por conseguinte, por não estar regulada na lei (DL n.º 24/89/M), nem no referido contrato de prestação de serviços n.º 45/94 (...), deveremos considerá-lo como compensação pela prestação de serviço efectivo.

*Logo, da mesma maneira que deverá descontar-se o subsídio nos períodos de férias ou naqueles em que a pessoa está de licença de maternidade, também ele deve ser subtraído quando o trabalhador não prestou serviço por outra qualquer razão.*¹⁷”

Não será assim de sufragar o decidido, realizando apenas os dias de desconto dos dias de descanso anual e feriados obrigatórios legais, pois, tendo o autor faltado autorizadamente, incorrectos estarão os cálculos no sentido de se terem contabilizado todos os dias por que perdurou a relação laboral para esse efeito. O trabalhador não podia faltar sem autorização; o trabalhador faltou sem autorização; se faltasse não tinha o subsídio de alimentação. Importa computar esses dias e, à minguá dos indispensáveis elementos, esse cálculo terá de ser relegado para execução de sentença.¹⁸

¹⁵ - **Luis M. Telles de Meneses Leitão**, in *Direito de Trabalho*, Almedina, 2008, pag. 349. No mesmo sentido, **Bernardo da Gama Lobo Xavier**, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, pag. 547 e **Diogo Vaz Marecos**, in *Código do Trabalho anotado*, Coimbra Editora e Wolters Kluwer, pag. 662-663.

¹⁶ - **Pedro Romano Martínez e outros**, in *Código do Trabalho anotado*, 5ª edição, 2007, pag. 498.

¹⁷ - A não ser nas situações em que a não prestação se fica a dever a causa imputável ao empregador e em que, apesar disso, o trabalhador teve que efectuar a despesa alimentar.

¹⁸ - Assinala-se aqui uma evolução, em nome de um maior rigor probatório, em relação à posição

7. Quanto ao subsídio de efectividade, trata-se de um subsídio que carece de uma prestação de serviço regular e sem faltas, pois assim o dizem os contratos. Com efeito, o trabalhador teria direito a um subsídio mensal de efectividade igual ao salário de 4 dias, sempre que no mês anterior não tivesse dado qualquer falta.

Em relação a este subsídio, vista a sua natureza e fins - já não se manifestam as razões que levam a considerar que a sua atribuição esteja excluída numa situação de não assiduidade justificada ao trabalho. Se o patrão autoriza uma falta seria forçado retirar ao trabalhador uma componente retributiva da sua prestação laboral, não devendo o trabalhador ser penalizado por uma falta em que obteve anuência para tal e pela qual o patrão também assumiu a sua responsabilidade. ¹⁹

IV - DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder parcial provimento ao recurso, apenas no que respeita à compensação do subsídio de alimentação, relegando-se para execução de sentença o que aí vier a ser apurado em função dos dias de trabalho efectivo e, no mais, julgando-se improcedente o recurso, confirmando a sentença recorrida.

assumida no proc. n.º 627/2013, de 29/5/14, onde se ficcionava que o trabalhador trabalhara todos os dias

¹⁹ - Ac. deste TSI, Proc. n.º 322/2013, de 25/7/2013

Custas pela recorrente, na proporção do decaimento em ambas as instâncias.

Macau, 24 de Julho de 2014,

João A. G. Gil de Oliveira

Ho Wai Neng

José Cândido de Pinho