

Processo nº 138/2009

(Autos de recurso em matéria civil e laboral)

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

Relatório

1. O Digno Magistrado do Ministério Público, em representação de A (XXX), com os sinais dos autos, propôs acção de processo comum do trabalho contra a “SOCIEDADE DE TURISMO E DIVERSÕES DE MACAU, S.A.R.L.” (S.T.D.M.), pedindo a condenação da R. no pagamento de MOP\$149.477,86 e juros; (cfr. fls. 2 a 14).

*

Oportunamente, por sentença, foi a acção julgada parcialmente procedente, condenando-se a R. no pagamento de MOP\$52,715.65 e juros à taxa legal a contar do trânsito em julgado do decidido; (cfr., fls. 186-v).

*

Inconformada, a R. recorreu.

Alega para concluir que:

- “A. *A Sentença de que ora se recorre é nula por erro na subsunção da matéria de facto dada como provada relativamente ao impedimento, por parte da Ré, do gozo de dias de descanso semanal, anual e nos feriados obrigatórios remunerados, por parte da Autora, e bem assim, relativamente ao tipo de salário auferido pela ora Recorrida, ao condenar a Ré, ora Recorrente, ao pagamento de uma indemnização com base no regime do salário mensal e abrangendo realidades distintas que são o salário diário recebido da Recorrente e as gratificações ou gorjetas recebidas de terceiros, liberalidades dos clientes frequentadores dos casinos.*
- B. *Com base nos factos constitutivos dos direitos alegados pela A., ora Recorrida, relembre-se aqui que estamos em sede de*

responsabilidade civil, pelo que, esta apenas terá o dever de indemnização caso prove que a Recorrente praticou um acto ilícito, culposo e punível.

- C. E, de acordo com os artigos 17º, 21º e 23º do RJRT de 1984 e com os artigos 17º, 20º e 24º, estes, do RJRT de 1989, qualquer deles aplicáveis, apenas haverá comportamento ilícito por parte da entidade empregadora ou do empregador, - e conseqüentemente um direito a indemnização ou a uma compensação - quando, o trabalhador ou o empregado seja obrigado a trabalhar em dia de descanso semanal, anual e ou em dia de feriado obrigatório e aquela entidade empregadora não o remunerar nos termos da lei.*
- D. Pelo que, por omissão de pronúncia, a Sentença é desde logo nula, devendo ser revogada, sem prejuízo do que abaixo e adiante se irá ainda concluir e expor.*
- E. Não podendo, de todo, proceder, os montantes encontrados com as tabelas apresentadas a fls. 183, 183v e a 184 da douta Sentença recorrida, porque, deveria ter-se descontado os montantes recebidos pela Recorrida em singelo, nas pretensas quantias a eventualmente apurar, o que igualmente o Mmo Tribunal recorrido não fez, ao arrepio do mais alto entendimento do Mmo TUI.*
- F. Nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou*

omissão (muito menos ilícita, ou sequer culposos, logo, não punível) por parte da Recorrente que haja obstado ao gozo de descansos pela A., não podendo, por isso, afirmar-se o seu direito ao pagamento da indemnização que pede, a esse título - lembre-se que ficou provado que a A. precisava da autorização da R. para ser dispensado ao serviço.

- G. Porque assim é, carece de fundamento legal a condenação da R. e ora Recorrente por falta de prova de um dos elementos essenciais à prova do direito de indemnização da A., ora Recorrida, i. e., a ilicitude e a culpa do comportamento da R., ora Recorrente.*
- H. Caso assim não se entenda sempre deve aplicar-se, para o cálculo de qualquer compensação pelo trabalho alegadamente prestado em dias de descanso, o regime previsto para o salário diário - em função do trabalho efectivamente prestado (artigos 28º e 29º do RJRT de 1984 e artigos 26º e 27º do actual RJRT).*

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- I. A Autora, ora Recorrida, não estava dispensado do ónus da prova, quanto ao não gozo de dias de descanso e devia, em Audiência de Discussão e Julgamento, por meio de testemunhas ou através de meio de prova documental, ter de facto, provado que dias, alegadamente, não gozou.*

- J. *Assim sendo, o Tribunal a quo errou na aplicação do direito, pelo que o douto Tribunal de Segunda Instância deverá anular a decisão e absolver a Recorrente dos pedidos deduzidos pela A., ora Recorrida.*
- K. *Nos termos do número 1 do artigo 342º do Código Civil de 1966 e do artigo 335º do Código Civil de 1999, "Àquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado.";*
- L. *Por isso, e ainda em conexão com os quesitos da base instrutória, cabia à A., ora Recorrida, provar que a Recorrente obstou, proibiu, impediu ou negou o gozo de dias de descanso (sejam semanais, anuais ou feriados).*
- M. *Ora nada se provou que fosse susceptível de indicar qualquer acção ou omissão (muito menos ilícita, culposa ou punível) por parte da Recorrente que haja obstado ao gozo de descansos pela A., não podendo, por isso, afirmar-se o seu direito ao pagamento da indemnização que pede, a esse título.*
- N. *Sendo, pois, ao que parece, a douda Sentença nula, devendo ser revogada e substituída por outra decisão da parte do Mmo Tribunal ad quem.*

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- O. Os números 1 do artigos 5º de ambos os dois RJRT de 1984 e de 1989, dispõem que esses dois diplomas não serão aplicáveis perante condições de trabalho mais favoráveis que sejam observadas e praticadas entre empregador e trabalhador, esclarecendo o artigo 6º do mesmo diploma que, os regimes convencionais prevalecerão sempre sobre o regime legal, se daqui resultarem condições de trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.*
- P. O facto de a A., (Ora Recorrida, ter beneficiado de um generoso e vantajoso esquema de distribuição de gratificações ou de gorjetas dos Clientes dos casinos que a Ré explorou entre 1962 e 2002, e que lhe permitiu, ao longo de vários anos, auferir mensalmente rendimentos que numa situação normal nunca auferiria, justifica, de per si, a possibilidade de derrogação do dispositivo que impõe à entidade empregadora o dever de pagar um salário justo.*
- Q. É que, pois, caso a ora Recorrida auferisse apenas um "salário justo" - da total responsabilidade da Recorrente, e pago na íntegra por esta - certamente que, esse salário seria inferior ao rendimento total que a ora Recorrida, a final, auferia durante os vários anos em que foi empregado da ora Recorrente.*
- R. Não concluindo - e nem sequer se tendo debruçando sobre esta*

questão - pelo tratamento mais favorável ao trabalhador resultante do acordado entre as partes - consubstanciado, sobretudo, nos altos rendimentos que a A. auferia - incorreu o Tribunal a quo em erro de direito, o que constitui causa de anulabilidade da dita sentença ora em crise, devendo ser a mesma revogada ou alterada quanto a esta questão.

Assim não se entendendo e ainda concluindo:

- S. A aceitação da ex-trabalhadora, ora Autora e aqui Recorrida, de que aos dias de descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios não corresponde qualquer remuneração teria, forçosamente, de ser considerada como válida.*
- T. Os artigos 24º e seguintes da Lei Básica de Macau, consagram um conjunto de direitos fundamentais, assim como os artigos 70º e seguintes do Código Civil de 1966 e dos artigos 67º e seguintes do Código Civil de 1999, consagram um conjunto de direitos de personalidade e, do seu elenco não constam os alegados direitos violados (dias de descanso anual e semanal e os feriados obrigatórios).*
- U. Não tendo o legislador consagrado a irrenunciabilidade dos direitos em questão, devem os mesmos ser considerados livremente renunciáveis e, bem, assim, considerada eficaz qualquer limitação*

voluntária dos mesmos, seja essa limitação voluntária efectuada ab initio, superveniente ou ocasionalmente.

- V. *Destarte, deveria o Mmo Tribunal recorrido, ter considerado eficaz a renúncia ao gozo efectivo de tais direitos, absolvendo a aqui Recorrente do pedido.*

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

- W. *Ao trabalhar voluntariamente - e realce-se, não ficou, em nenhuma sede, provado que esse trabalho não foi prestado de forma voluntária, muito pelo contrário - em dias de descanso (sejam eles anual, semanal ou resultantes de feriados), a ora Recorrida optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.*

- X. *E, não tendo a Recorrida, sido impedida ou proibida de gozar quaisquer dias de descanso anual, de descanso semanal ou quaisquer feriados obrigatórios, é forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização da Ré/Recorrente à A./Recorrida.*

Ainda sem conceder, e ainda concluindo:

- Y. *Por outro lado, jamais pode a ora Recorrente concordar com a fundamentação do Mmo. Juiz a quo quando considera que a A., ora Recorrida, era retribuída com base num salário mensal, sendo que*

- toda a factualidade dada como assente indica o sentido inverso, ou seja, do salário diário em função do trabalho efectivamente prestado.*
- Z. Em primeiro lugar, porque a proposta contratual oferecida pela ora Recorrente aos trabalhadores dos casinos, como à aqui Recorrida é a mesma há cerca de 40 anos: auferiam um salário diário de, no caso, de MOP 4.10 e depois de HKD\$ 10.00, ou seja, um salário de acordo com o período de trabalho efectivamente prestado e a sua comparência ao serviço.*
- AA. Acresce que a fórmula do salário diário nunca foi contestada pelos trabalhadores na pendência da relação contratual e, ademais, nunca os trabalhadores impugnaram expressamente a alegação desse facto nas instâncias judiciais nos processos pendentes.*
- BB. Trata-se de uma disposição contratual válida e eficaz de acordo com anterior RJRT de 1984 e o actual RJRT de 1989, que prevêem, expressamente, a possibilidade das partes acordarem no regime salarial mensal ou diário, no âmbito da Autonomia da Vontade (vertente da liberdade contratual), prevista no artigo 1º dos mesmos diplomas laborais de Macau.*
- CC. Ora, na ausência de um critério legal ou requisitos definidos para aferir a existência de remuneração em função do trabalho*

efectivamente prestado, ao estabelecer que a A., ora Recorrida, era retribuída de acordo com um salário mensal, a douta Sentença recorrida desconsidera toda a factualidade dada como assente e, de igual forma, as condições contratuais acordadas entre as partes.

DD. Salvo o devido respeito por mais douto entendimento diverso, a R. e ora Recorrente, entende que, nessa parte, a decisão em crise não está devidamente fundamentada e é errada, ao tentar estabelecer como imperativo (ou seja, o regime de salário mensal em contratos de trabalho típicos) o que a lei define como sendo dispositivo (i. e., as partes podem livremente optar pelo regime de salário mensal ou diário em contratos de trabalho típicos).

EE. E, é importante salientar, esse entendimento por parte do Mmo. Juiz a quo, teve uma enorme influência na decisão final da presente lide e, em última instância, no cálculo do quantum indemnizatório, pelo que deve ser reapreciada por V. Exas, no sentido de fixar o salário auferido pela A, ora Recorrida, como salário diário, o que expressamente se requer.

Por outro lado,

FF. O trabalho prestado pela ora Recorrida em dias de descanso foi sempre retribuído em singelo.

GG. A retribuição já paga pela R./Recorrente à ora Autora/Recorrida

- por esses dias, deve ser subtraída nas compensações devidas pelos dias de descanso a que a A./Recorrida tinha direito, nos termos do Decreto-Lei n.º 101/84/M, de 25 de Agosto (que aprovou o RJRT de 1984, igualmente aplicável), e, depois, nos termos do Decreto-Lei n.º 24/89/M, de 3 de Abril (que aprovou o actual RJRT de 1989), e, ainda finalmente, nos termos do Decreto-Lei n.º 32/90/M, de 9 de Julho de 1990 (que alterou este último RJRT pela primeira vez).*
- HH. Tal como é entendido, hoje em dia, desde 2007, pela mais Alta Instância Jurisdicional em Macau, o Mmo TUI, em pelo menos 3 arestos sobre esta precisão questão que envolveu a ora Recorrente.*
- II. Assim, entre 16 de Novembro de 1971 e 31 de Agosto de 1984, valiam inteiramente os regimes convencionais, o princípio da autonomia privada, na vertente, em especial, da Liberdade contratual, e os Usos e Costumes do sector.*
- JJ. Que, hoje em dia, valem como lei e estão ressalvados pela Lei Laboral de Macau.*
- KK. O trabalho prestado em dia de descanso semanal, para os trabalhadores que auferem salário diário, deve ser remunerado como um dia normal de trabalho (cfr. as alíneas a) e b) do número 6 do artigo 17º do RJRT de 1989), tendo o Tribunal a quo descurado em absoluto essa questão, ao que parece na opinião da Recorrente.*

LL. Ora, nos termos do número 4 do artigo 26º do RJRT em vigor, o salário diário inclui a remuneração devida pelo gozo de dias de descanso e, nos termos da alínea b) do número 6 do artigo 17º, os trabalhadores que auferem salário diário verão o trabalho prestado em dia de descanso semanal remunerado nos termos do que for acordado com a entidade empregadora.

MM. Indo bem mais além e incluindo todo o descanso "legal", nos termos do artigo 28º do RJRT de 1984, o salário referido a um determinado período (como é o caso dos doutos autos), já inclui o salário correspondente aos períodos de descanso semanal, às férias anuais e aos feriados obrigatórios, remunerados e não remunerados.

NN. No presente caso, não havendo acordo expresso, deverá considerar-se que a remuneração acordada é a correspondente a um dia de trabalho.

OO. A decisão aqui em recurso, enferma assim de ilegalidade, por errada aplicação da alínea b) do número 6 do artigo 17º e do artigo 26º, ambos do actual RJRT, e nos termos do artigo 28º do RJRT de 1984, o que importa a revogação da parte da sentença que condenou a ora Recorrente ao pagamento relativo às compensações pelo não gozo dos dias de descanso, o que, expressamente, se

requer.

Ainda, concluindo, deverá também, ser considerado pelo Mmo Tribunal ad quem:

PP. Relativamente à questão de Direito e aspecto jurídico nuclear do presente litígio,

QQ. As gratificações, luvas, prémios irregulares, prémios de produtividade, ou as gorjetas dos trabalhadores de casinos não são parte integrante do conceito de salário, e bem assim as gratificações ou as luvas ou os prémios, ou as gorjetas auferidas pelos trabalhadores da ora Recorrente.

RR. Neste sentido a corrente Jurisprudencial dominante, onde se destaca com particular acuidade o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de Julho de 1999, e agora na R.A.E.M., pelo Tribunal de Última Instância, em três decisões proferidas em 2007 (duas) e em 2008 (uma), até hoje, as únicas sobre esta questão de Direito juridicamente nuclear no presente litígio.

SS. Também neste sentido se tem pronunciado a Doutrina de uma forma pacífica e unanimemente, quer em Portugal, quer em Macau, quer na Europa.

TT. Assim, também, o entendeu o Mmo Tribunal de Última Instância de Hong Kong, em douto Acórdão datado de 28 de Fevereiro de 2006:

UU. *"I am to the view that subject to the possibility that sections 41(2) and 41C(2) are to be read to cover contractual commission accruing and calculated on a daily basis in amounts varying from day to day, no commission is to be included in the calculation of holiday pay and annual leave pay". - Recurso final com o n. ° 17/2005 (Direito e processo civil), em recurso do processo inicial com o n. ° 204/2004.*

VV. *Repare-se que este excerto da decisão do Mmo Tribunal de Última Instância de Hong Kong também se debruça sobre a compensação pelo trabalho prestado em dia de repouso, considerando que a haver lugar ao pagamento de uma indemnização pelo trabalho prestado em dia de descanso, aquela não inclui nem se calcularia tendo em conta elementos estranhos e alheios ao salário do aí peticionante na R.A.E.K.*

WW. *E, o mesmo se passa, neste caso concreto decidendo, salvo melhor entendimento, Juízo e opinião.*

XX. *E a legislação comparada de Portugal: o Despacho n.º 20/87 de 27 de Fevereiro, publicado na II - Série, n.º 59, de 12 de Março de 1987; o Despacho Normativo 24/89, de 17 de Fevereiro de 1989; o Decreto-Lei n.º 422/89 de 2 de Dezembro de 1989; o Decreto-Lei n.º 10/95 de 19 de Janeiro de 1995; a Portaria n.º 1159/90, de 27*

de Novembro de 1990; a Portaria n.º 129/94, de 1 de Março de 1994 ; e a Portaria n.º 355/2004, de 5 de Abril de 2004.

YY. O punctum crucis essencial para a qualificação das prestações pecuniárias enquanto prestações retributivas é quem realiza a prestação. A prestação será retribuição quando se trate de uma obrigação a cargo da entidade empregadora.

ZZ. Nas gratificações há um animus donandi, ao passo que a retribuição consubstancia uma obrigatoriedade, no sinalagma entre a prestação do trabalho do trabalhador e a sua remuneração pela entidade empregadora.

AAA. A propósito da incidência do Imposto Profissional: "O Imposto Profissional incide sobre os rendimentos do trabalho, em dinheiro ou em espécie, de natureza contratual ou não, fixos ou variáveis, seja qual for a sua proveniência ou local. moeda e forma estipulada para o seu cálculo e pagamento".

BBB. É a própria norma que distingue, expressamente, gorjetas/gratificações/luvas/prémios irregulares, de salário, vencimento, remuneração ou retribuição - vejam-se os artigos 2º e 3º da Lei n.º 2/78/M, de 25 de Fevereiro de 1978.

CCC. Neste sentido, qualifica o Dr. António de Lemos Monteiro Fernandes expressamente as gorjetas dos trabalhadores da STDM,

S.A., como "rendimentos do trabalho", esclarecendo que os mesmos são devidos por causa e por ocasião da prestação de trabalho, mas não em função ou como corresponsividade dessa mesma prestação de trabalho.

DDD. Ainda, e na Doutrina portuguesa, por exemplo, no mesmo sentido, diz-nos a Professora Maria do Rosário Palma Ramalho afirma que, "a; gratificações ou prémios atribuídos ao trabalhador não integram, em princípio, o conceito de retribuição, porque não correspondem a um dever do empregador nas ao seu animus donandi, nem constituem contrapartida do seu trabalho prestado. (...) Por fim, debate-se o problema da qualificação das gratificações e outras prestações patrimoniais em que o trabalhador recebe não do empregador mas de terceiros (por exemplo, as gorjetas dadas aos empregados de um restaurante ou de um hotel, ou aos croupiers do casino, pelos clientes). Crê-se que a qualificação como retribuição destas prestações é de afastar pelo facto de não serem atribuídas nem devidas pelo empregador, não podendo, assim, corresponder a qualquer contrapartida do trabalho prestado." - páginas 552 e 553, Volume II, "Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais", Julho de 2006, itálico no original da obra.

EEE. E, agora na Jurisprudência portuguesa, por exemplo, decidiu-se igualmente que: "III - As gratificações dadas por terceiros ao trabalhador não se consideram como integrantes do direito à retribuição devida pela entidade patronal;" -Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, relatado pelo Conselheiro Almeida Devesa, de 23 de Janeiro de 1996, processo número 004309, número do documento SJ199601230043094, disponível em www.dgsi.pt.

FFF. Ou, ainda, por exemplo, no duto Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Março de 1995, o mesmo acordou que: "II - As gratificações recebidas dos clientes pelos empregados dos Casinos e repartidas pelos trabalhadores, segundo o processo fixado na lei (DL n. 422/89, de 2 de Dezembro, e Portaria n. 1159/90, de 27 de Novembro), não constituem retribuição dos trabalhadores, nos termos dos arts. 82 e 88 da LCT69." - Duto aresto relatado pelo Senhor Desembargador Dinis Roldão, processo número 0098094, número do documento RL199503080098094, também disponível no mesmo sítio da internet, em www.dgsi.pt,

GGG. Na verdade, a reunião, guarda, recolha e contabilização são realizadas nas instalações dos casinos da STDM, S. A., mas com a colaboração e intervenção de uma Comissão Paritária composta por empregados de casino, funcionários da tesouraria e ainda de

funcionários do governo que são chamados para supervisionar a todo esse procedimento.

HHH. Apenas a distribuição das gratificações, gorjetas, ou das luvas cabia e coube sempre e apenas em exclusivo à Ré/Recorrente.

III. Salvo o devido respeito pelo Mmo. Tribunal a quo, a posição de sustentar a integração das gorjetas no conceito jurídico de salário, com base no conceito abstracto e subjectivo de "salário justo", não tem qualquer fundamento legal, nem pode ter aplicação no caso concreto decidendo.

JJJ. Em primeiro lugar, porque o que determina se certo montante integra ou não o conceito de salário, são critérios objectivos, que, analisados detalhadamente, indicam o contrário, se não vejamos: as gratificações ou luvas ou gorjetas são montantes: (i) entregues por terceiros; (ii) variáveis; (iii) não garantidos pela STDM, S. A., aquando da contratação; (iv) reunidas e contabilizadas pelos respectivos empregados do casino, juntamente com funcionários da tesouraria e a DICJ.

KKK. E, fortalece a nossa tese, a posição do governo de Macau que nunca considerou necessário a definição de um montante mínimo salarial que pudesse servir de bitola para a apreciação - menos discricionária - do que é um salário justo.

LLL. Ainda que não estando em vigor, parece que a futura lei já publicada sobre o Direito do Trabalho em Macau, vem ao encontro da posição da Recorrente pois,

MMM. A nova Lei das relações de trabalho a entrar em vigor em 1 de Janeiro de 2009, exclui, nos seus artigos 57º a 65º - Capítulo V - da Lei n.º 7/2008, de 18 de Agosto, as gratificações ou luvas ou gorjetas do conceito de remuneração base, não as incluindo em qualquer dos acréscimos à mesma retribuição base.

NNN. Veja-se, nesse sentido, o teor do número 1 do artigo 59º da LRT.

OOO. E, no seguimento, os números 2. a 6. do artigo 59º, e os artigos 60º e 61º da mesma nova LRT a entrar futuramente em vigor, na R.A.E.M..

PPP. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização só poderia, - acredita a Recorrente -, levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gratificações ou luvas ou gorjetas.

QQQ. O valor dos rendimentos médios mensais no sector do jogo e aposta em casino em Macau, ascendeu, no ano de 2007, a cerca de mais de 11 mil patacas mensais (MOP 11,00.00), enquanto que nas outras áreas económicas e produtivas, os rendimentos apenas ultrapassaram as 7 mil patacas mensais (MOP 7,000.00), o que, desde logo, demonstra o atractivo por aquela actividade, que a ora

Recorrente levou a cabo até 2002.

RRR. A Recorrente, ao que parece, não poderia, pois, ser condenada, à luz de um conceito de salário mensal ou de retribuição média diária ou de remuneração normal, quando estão em causa os descansos semanais, anuais, feriados obrigatórios remunerados e os não remunerados.

SSS. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização a arbitrar, quanto às questões enunciadas e em litígio, só poderia levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gratificações ou luvas ou gorjetas.

TTT. Finalmente, a R. e aqui Recorrente, gostaria ainda de invocar os três doutos Acórdãos n.ºs 28/2007, 29/2007, e 58/2007, respectivamente datados de 21 de Setembro de 2007, 22 de Novembro de 2007 e 27 de Fevereiro de 2008, nos quais o Mmo TUI demonstrou partilhar do entendimento da Ré, no que a matéria de retribuição diz respeito.

UUU. A douta Sentença proferida pelo Tribunal Judicial de Base aos 26 de Setembro de 2008, ora posta em crise, deverá ser revista e reformulada, absolvendo-se a ora Recorrente e considerando as presentes alegações de Direito procedentes por provadas.”; (cfr., fls. 191 a 255).

*

Nada obstante, cumpre decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. Estão dados como provados os factos seguintes:
 - “- *A Autora começou a trabalhar para a Ré STDM, a 16 de Novembro de 1971 como empregada de casino (alínea A) da Especificação).*
 - *O rendimento da Autora era constituído por um salário diário, crescido de gratificações, gratificações essas que eram variáveis consoante o montante de gorjetas diárias recebidas dos clientes do casino (alínea B) da Especificação).*
 - *Desde que a Ré iniciou a sua actividade de jogos de fortuna e azar – na década de sessenta - as gorjetas dadas a cada um dos seus trabalhadores pelos seus clientes eram reunidas e contabilizadas diariamente por uma comissão composta por um funcionário do Departamento de Inspeção de Jogos de Fortuna e*

Azar, um membro do departamento de tesouraria da Ré, um floor manager (gerente de andar) e uma trabalhador/croupier das mesas a que correspondiam as gorjetas e eram depois distribuídas por todos os trabalhadores dos casinos, de acordo com a categoria profissional a que pertenciam, de dez em dez dias (alínea C) da Especificação).

- *O salário fixo da Autora foi de MOP\$4.10, por dia, desde que iniciou funções até 30 de Junho de 1989 e de HKD\$10.00 por dia, desde 1 de Julho de 1989 até à data da cessação do contrato (alínea D) da Especificação).*
- *A Autora deixou de trabalhar para a Ré a 15 de Janeiro de 1993 (alínea E) da Especificação).*
- *A Autora, entre os anos de 1984 e 1991, recebeu as seguintes quantias (alínea F) da Especificação):*
 - a) 1984: MOP\$58,676.00;*
 - b) 1985: MOP\$92,151.00;*
 - c) 1986: MOP\$76,874.00;*
 - d) 1987: MOP\$73,306.00;*
 - e) 1988: MOP\$48,116.00;*
 - f) 1989: MOP\$47,484.00;*
 - g) 1990: MOP\$37,961.00;*

h) 1991: MOP\$45,472.00.

- *A Autora prestou serviços em turnos, conforme horários fixados pela entidade patronal (alínea G) da Especificação).*
- *Os turnos eram os seguintes (alínea H) da Especificação):*
1º e 6º turnos, das 07h00, às 11h00 e das 03h00 até às 07h00;
3º e 5º turnos, das 15h00 às 19h00 e das 23h00 às 03h00 (do dia seguinte);
2º e 4º turnos, das 11h00 às 15h00 e das 19h00 às 23h00.

** * **

Da Base Instrutória:

- *A Ré distribuía aos trabalhadores as gorjetas à luz das regras por ela fixadas (resposta aos quesitos 1º, 2º e 3º).*
- *Sobre o montante fixo e variável incidia o imposto profissional (resposta ao quesito 6º).*
- *Enquanto esteve ao serviço da Ré a Autora nunca gozou descansos semanais remunerados (resposta ao quesito 7º).*
- *A Autora também não gozou os feriados obrigatórios remunerados enquanto esteve ao serviço da Ré (resposta ao quesito 8º).*
- *E também nunca gozou, naquele período de descansos anuais remunerados (resposta ao quesito 9º).*
- *A Ré nunca pagou à Autora qualquer acréscimo salarial, apesar*

- dos factos referidos nos quesitos n.ºs 7, 8 e 9 (resposta ao quesito 10º).*
- *Ao gozo de dias de descanso não correspondia qualquer salário (resposta ao quesito 12º).”; (cfr., fls. 170 a 172)..*

Do direito

3. Feito que está o relatório e transcrita que também ficou a factualidade em que assenta a decisão recorrida, vejamos.

Como as partes envolvidas no litígio corporizado nos presentes autos, em especial, os seus legais representantes, o devem saber, as questões ora colocadas e trazidas à apreciação deste T.S.I. foram já por inúmeras vezes decididas.

Particularmente, no que toca à “questão-chave” que é a de saber se as “gorjetas” distribuídas aos trabalhadores da ora recorrente constituíam “salário” daqueles.

Sobre a mesma, e de forma unanime, respondeu este T.S.I. no sentido afirmativo, considerando pois que aquelas – gorjetas – integravam

o salário dos trabalhadores da ora recorrente.

De entre a fundamentação avançada para tal entendimento, consignava-se, nomeadamente, que “resultando provado que o trabalhador recebia como contrapartida da sua actividade laboral duas quantias, uma fixa e outra variável, em função do montante das gorjetas recebidas dos clientes, era pois de considerar que tais quantias (variáveis) integravam o seu salário”; (cfr., v.g., Acs. de 12.12.2002, Proc. n° 123/2002 e de 30.04.2003, Proc. n° 255/2002).

Outro é porém o entendimento pela ora recorrente assumido, pugnando no sentido de que as gorjetas eram uma mera “liberalidade”, e, como tal, que não integravam o salário dos seus trabalhadores.

Tal entendimento, no sentido de que “as gratificações ou gorjetas recebidas pelos empregados de casino dos clientes não fazem parte do salário”, veio a ser o assumido pelo V^{do} T.U.I. nos seus doutos Acordãos de 21.09.2007, Proc. n° 28/2007, de 22.11.2007, Proc. n° 29/2007 e de 27.02.2008, Proc. n° 58/2007.

Reponderando a questão, e da reflexão que nos foi possível efectuar,

mostra-se-nos porém de manter o entendimento que vinhamos assumindo, isto, sem prejuízo do muito respeito pelo doutamente considerado pelo V^{do} T.U.I. nos referidos arestos.

É que , e independentemente do demais – e muito se tem escrito sobre a questão – não se nos mostra razoável considerar que alguém se dispusesse a desempenhar um trabalho como o aqui em causa, (em especial, por turnos,) para apenas auferir umas poucas centenas de patacas de salário ao fim de um mês de trabalho.

De facto, a se considerar as gorjetas como uma “liberalidade” que à entidade patronal cabia decidir atribuir (ou não) de acordo com o seu livre arbítrio, ter-se ia que concluir que o salário era então o que assim se deixou assinalado.

E tal, mostra-se-nos contrário ao próprio conceito de “salário justo” assim como ao estatuído nos art^{os} 25^o, n^o 2 e 27^o, n^o 1 do D.L. n^o 24/89/M.

Com efeito, e como – em nossa opinião, adequadamente – se consignou no recente Ac. deste T.S.I. de 26.03.2009, Proc. n^o 704/2007,

“As gorjetas dos trabalhadores dos Casinos, na sua última ratio devem ainda ser vistas como "rendimentos do trabalho", sendo devidos em função, por causa e por ocasião da prestação de trabalho, ainda que não originariamente como correspectividade dessa mesma prestação de trabalho, mas que o passam a ser a partir do momento em que pela prática habitual, montantes e forma de distribuição, com eles o trabalhador passa a contar, sendo que sem essa componente o trabalhador não se sujeitaria a trabalhar com um salário que na sua base é um salário insuficiente para prover às necessidades básicas resultantes do próprio trabalho”, salientando-se também que “salário justo não é um simples preço dependente do livre consenso das partes, sendo necessário que o salário seja suficiente não só para o sustento, como para o necessário decoro do trabalhador e da sua família, não se reconduzindo ao preço de uma qualquer mercadoria, mas uma retribuição devida por justiça ao trabalhador como cooperador da empresa, dependendo também da situação desta, embora o trabalhador não deva sofrer pela inaptidão dos seus dirigentes, subordinando-se ao bem comum.”

Nesta conformidade, ter-se-ão as “gorjetas” como parte integrante do salário.

Continuemos.

Considera a R. ora recorrente que “A *Sentença de que ora se recorre é nula por erro na subsunção da matéria de facto dada como provada relativamente ao impedimento, por parte da Ré, do gozo de dias de descanso semanal, anual e nos feriados obrigatórios remunerados, por parte da Autora, e bem assim, relativamente ao tipo de salário auferido pela ora Recorrida, ao condenar a Ré, ora Recorrente, ao pagamento de uma indemnização com base no regime do salário mensal e abrangendo realidades distintas que são o salário diário recebido da Recorrente e as gratificações ou gorjetas recebidas de terceiros, liberalidades dos clientes frequentadores dos casinos.*”; (cfr., concl. I).

Ora, como se consignou no Ac. deste T.S.I. de 08.06.2006, Proc. nº 169/2006, “mesmo que o trabalhador se dispossibilize a não gozar os dias de descanso semanal e/ou anual e/ou feriados obrigatórios a fim de trabalhar voluntariamente para o seu empregador, a lei laboral sempre o protegerá da situação de prestação de trabalho nesses dias, desde que o trabalhador o reclame”, e sendo este o entendimento uniforme deste T.S.I., que ociosas são outras considerações sobre a questão.

Assim, e prosseguindo para o conhecimento das restantes questões colocadas no presente recurso, importa consignar que, tal como tem esta Instância entendido (de forma unânime) – cfr., v.g., os arestos atrás citados – nenhuma censura merece a decisão recorrida na parte que qualificou a relação entre A. e R. havida como um “contrato de trabalho”, pois que atento o preceituado no artº 1152º do C.C. de 1966, hoje, artº 1079º, do C.C.M, e à factualidade dada como provada, presentes estão todos os elementos caracterizadores da referida relação como “contrato de trabalho”.

Por sua vez, não se acolhem também os argumentos pela mesma R. invocados no sentido de que derogadas pelo regime convencional (do próprio contrato) estavam as normas do R.J.R.L. (D.L. nº 24/89/M) pelo Tribunal “a quo” invocadas como fundamento do seu “dever de indemnização” à A. pelo trabalho prestado em dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios, idêntica posição se nos afigurando de se ter em relação aos restantes argumentos (subsidiários) no sentido de que a A. tinha renunciado à remuneração devida por tal trabalho.

A alegada “derrogação” assenta apenas num também alegado

“tratamento mais favorável” que não se vislumbra na matéria de facto dada como provada, o que não deixa de se verificar igualmente em relação à referida “renúncia”, pois que o facto de ter a A. trabalhado nos mencionados dias de descanso e feriados não equivale a uma renúncia da sua parte em relação às respectivas compensações.

No que toca à questão do “salário diário ou mensal”, considerando como nasceu e se desenvolveu a relação jurídico laboral, em especial, atento a que o trabalho era desempenhado por turnos, impõe-se considerar que o salário era mensal e não salário desempenhado em função do resultado efectivamente produzido ou do período de trabalho efectivamente prestado.

Daí, provado estando que não gozou a A. os referidos “descansos”, e motivos não havendo para se dar por inexistente o “dever de indemnização” da recorrente S.T.D.M., apreciemos se correctos estão os montantes a que chegou o Tribunal “a quo”, notando-se que por despacho já transitado em julgado foram declarados prescritos os créditos pela A. reclamados e anteriores a 28.01.1988; (cfr., fls. 99 a 101-v)

Ao montante total de MOP\$52,715.65 chegou-se através da soma

das parcelas indemnizatórias de MOP\$42,521.62, MOP\$6,885.31, e MOP\$3,308.72, arbitradas respectivamente a título de indemnização pelo trabalho pela A. prestado em período de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios.

Atentos os montantes parcelares em causa, calculados com base no “salário médio diário” auferido pela A., e atento ao que atrás já se deixou escrito, cabe dizer que nenhum reparo merece a decisão do Tribunal “a quo” no sentido de considerar como parte integrante do salário, (para efeitos de cálculo do dito salário médio diário), as gorjetas que pelos clientes da recorrente eram oferecidas.

Nesta conformidade, (sendo de se manter os montantes tidos como “salário médio diário”), vejamos então se são de manter as quantias arbitradas a título de indemnização.

— No que toca à indemnização pelo trabalho prestado em período de “descanso semanal”, o montante de MOP\$42,521.62 resultou do seguinte cálculo:

– D.L. n° 101/84/M

Ano	Dias de		Montante da
-----	---------	--	-------------

	descanso vencidos e não gozados (A)	Salário médio diário (B) (MOP\$)	indenização (A x B) (MOP\$)
1988 (de 28/01/1988)	48	133.66	6,415.68
1989	13	131.90	1,714.70
Total			8,130.38

– D.L. n° 24/89/M

Ano	Dias de descanso vencidos e não gozados (A)	Salário médio diário (B) (MOP\$)	Montante da indenização (A x B x 2) (MOP\$)
1989	39	131.90	10,288.20
1990	52	105.45	10,966.80
1991	52	126.31	13,136.24
Total			34,391.24

Tem este T.S.I. entendido que no âmbito da vigência do D.L. n° 101/84/M, não previa o mesmo qualquer compensação pecuniária pelo trabalho prestado em dia de descanso semanal, não sendo assim de se manter o montante de MOP\$8,130.38.

Por sua vez, e face à matéria de facto provada e ao estatuído nos art°s 17°, n° 6 e 26°do D.L. n° 24/89/M, nenhuma censura merecem os

montante fixados pelo trabalho desempenhado no âmbito deste diploma legal, pois que correctos se nos mostram os dias contabilizados, assim como o factor de multiplicação ($\times 2$), que corresponde ao entendimento assumido por este T.S.I..

É assim de se compensar a A. com o montante de MOP\$34,391.24.

— Quanto à compensação pelo trabalho prestado em período de “descanso anual”, o montante de MOP\$6,885.31, resultou do seguinte cálculo:

– D.L. n° 101/84/M

Ano	Dias de descanso vencidos e não gozados (A)	Salário médio diário (B) (MOP\$)	Montante da indemnização (A x B) (MOP\$)
1988 (de 28/01/1988)	5.5	133.66	735.13
1989	1.5	131.90	197.85
Total			932.98

– D.L. n° 24/89/M

Ano	Dias de descanso vencidos e não gozados	Salário médio diário (B) (MOP\$)	Montante da indemnização (A x B x 3) (MOP\$)
-----	---	----------------------------------	--

	(A)		
1989	4.5	131.90	1,780.65
1990	6	105.45	1,898.10
1991	6	126.31	2,273.58
Total			5,952.33

Aqui há que ter em conta o que se decidiu quanto à prescrição de créditos.

Assim, prescritos que estão os créditos anteriores a 28.01.1988, e, nesta conformidade, correctos estando os dias contabilizados no âmbito do D.L. n° 101/84/M e adequada a sua forma de compensação, confirma-se o montante de MOP\$932.98.

Quanto aos montantes fixados no âmbito do D.L. n° 24/89/M, e sendo entendimento deste T.S.I. que provado não estando que a R. “impediu” a A. de gozar os descansos em causa se deve aplicar analógicamente o factor de multiplicação previsto para o descanso semanal, ($\times 2$), impõe-se reduzir os montantes fixados que, assim, no total, passa a ser de MOP\$4,901.2.

— Vejamos agora da indemnização pelo trabalho prestado em dias de

“feriado obrigatório”.

O montante de MOP\$3,308.72 resultou do cálculo seguinte:

Ano	Dias de feriado obrigatório (A)	Salário médio diário (B) (MOP\$)	Montante da indemnização (A x B x 2) (MOP\$)
1989	2	131.90	527.60
1990	6	105.45	1,265.40
1991	6	126.31	1,515.72
Total			3,308.72

Inversamente ao que sucedeu com a situação anterior, tem este T.S.I, entendido que o trabalho prestado em dia de feriado obrigatório no âmbito do D.L. nº 24/89/M deve ser compensado com o “triplo da retribuição normal”.

Porém, como pela A. não foi interposto recurso, mantém-se o montante fixado pelo Mmº Juiz “a quo”.

Decisão

4. Nos termos expostos e em conferência, acordam julgar parcialmente procedente o recurso, ficando assim a recorrente

condenada a pagar à A. o montante total de MOP\$ 42,601.16.

Custas pela R. recorrente, na proporção do seu decaimento, (não se tributando a A. por estar patrocinada pelo Ministério Público).

Macau, aos 23 de Abril de 2009

José M. Dias Azedo (com a declaração que segue)

[Vencido no que toca à decisão de não se condenar a A. em custas, pois que de uma melhor reflexão sobre a questão, mais adequado me parece o entendimento exposto na douta declaração de voto anexa ao Ac. deste T.S.I. de 12.04.2007, Proc. n° 123/2007, e que aqui se dá como reproduzida.]

Chan Kuong Seng

(na esteira dos acórdãos por mim relatados desde 26/1/2006 para recursos congéneres)

Lai Kin Hong