

Processo nº 328/2005

(Autos de recurso civil e laboral)

Data: 16.03.2006

Assuntos: Gorjetas.

**Trabalho prestado em dias de descanso semanal,
anual e feriados obrigatórios.**

Compensação.

Licença por ocasião do parto.

SUMÁRIO

1. 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, é de se considerar que tais quantias variáveis integram o seu salário.
2. O trabalho prestado em dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios, ainda que de forma voluntária, não implica uma renúncia do trabalhador à sua respectiva compensação.
3. A licença por ocasião do parto com garantia do posto de trabalho e sem perda do salário é um direito das trabalhadoras cuja relação de trabalho tenha uma duração superior a um ano.

Assim, se ao 6º mês de gravidez foi a trabalhadora com mais de um ano de trabalho mandada para casa por um período 180 dias e sem

vencimento, nenhuma censura merece a decisão que, em conformidade com o peticionado, reconhece à autora o direito àquela licença, condenando a R. no pagamento do salário correspondente à sua duração.

O relator,

José Maria Dias Azedo

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

Relatório

1. (A), intentou a presente acção contra “SOCIEDADE DE TURISMO DE DIVERSÕES DE MACAU, S.A.R.L.”, pedindo a condenação desta a:

“a) A pagar à A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do seu direito ao descanso semanal, que ascendem ao total de MOP\$350.861,00 (trezentas e cinquenta mil, oitocentas e sessenta e uma patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;

b) A pagar à A. todas as quantias em dívida resultantes da

- violação do seu direito ao descanso anual, que ascendem ao total de MOP\$66.744,00 (sessenta e seis mil, setecentas e quarenta e quatro patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;*
- c) A pagar à A. todas as quantias em dívida resultantes da violação do direito aos feriados obrigatórios, que ascendem ao total de MOP\$66.744,00 (sessenta e seis mil, setecentas e quarenta e quatro patacas), quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;*
- d) A pagar à A. o salário devido relativo ao período de gravidez e parto, na quantia de MOP\$59.580,00 (cinquenta e nove mil, quinhentas e oitenta patacas), acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;*
- e) A pagar à A. a quantia de MOP\$100.000,00 (cem mil patacas) a título de danos não patrimoniais, quantia essa acrescida de juros à taxa legal desde a citação até integral e efectivo pagamento;*
- f) A restituir à A. todos os descontos que o mesmo efectuou para o Fundo dos Trabalhadores da STDM, gerido pela R., acrescidos dos juros devidos”; (cfr. fls. 2 a 17).*

*

O processo seguiu os seus termos e, oportunamente, proferiu o Mmº Juiz Presidente do Colectivo sentença julgando a acção parcialmente procedente e condenando a R. a pagar à A. o montante total de MOP\$258.220,00 e juros desde o trânsito em julgado até efectivo e integral pagamento; (cfr. fls. 460 a 489).

*

Inconformada com o assim decidido, a R. recorreu; (cfr. fls. 499 a 582).

*

Admitido o recurso com efeito e modo de subida adequadamente fixados, vieram os autos a esta Instância.

*

Observada a tramitação legalmente exigida, cumpre apreciar e decidir.

Fundamentação

Dos factos

2. A decisão objecto do presente recurso tem como pressuposto a seguinte factualidade:

“Da matéria de facto assentes:

- *A Ré tem por objecto social a exploração de jogos de fortuna ou azar, a indústria hoteleira, de turismo, transportes aéreos, marítimos e terrestres, construção civil, operações em títulos públicos e acções nacionais e estrangeiros, comércio de importação e exportação. (alínea A da Especificação).*
- *A ré foi titular, desde os anos 60, de um Contrato de Concessão de Exploração, em regime de exclusividade, do jogos de fortuna ou azar ou outros jogos em casinos. (alínea B da Especificação).*
- *A entrada em vigor, a 1 de Janeiro de 2002, da Lei no16/2001, que fixou o novo enquadramento legal da exploração de jogos de fortuna ou azar e outros jogos em casino na REAM, liberalizou este sector, e deu origem a um concurso público para três novas concessões de exploração, concurso público este que*

pelo complexidade da matéria e número de interessados levou o Chefe do Executivo, através de Despacho (Despacho n.º 256/2001, de 18 de Dezembro) a prorrogar para 31 de Março de 2002 o termo do Contrato de Concessão, em regime de exclusividade, de que a STDM era titular. (alínea C da Especificação).

- *Para levar a cabo o seu escopo, designadamente na área dos casinos, a ré contratou com pessoas individuais devidamente habilitadas para o efeito, ou às quais a mesma deu formação, a fim de exercer a actividade de croupier.; como é o caso do autor. (alínea D da Especificação).*
- *Em 21 de Outubro de 1991, a autora iniciou a sua relação laboral com a ré, sob direcção efectiva, fiscalização e retribuição por parte desta. (alínea E da Especificação).*
- *Durante os primeiros doze meses de trabalho, a sua função foi a de prestar assistência a clientes da ré. (alínea F da Especificação).*
- *Após o fim desse período, passou a exercer as funções de croupier até 25 de Julho de 2002. (alínea G da Especificação).*
- *O horário de trabalho do autor foi sempre fixado pela ré, em*

função das suas necessidades, por turnos diários, em ciclos de três dias, num total de 8 horas, alternadas de 4 em 4 horas, existindo apenas o período de descanso de 8 horas diárias durante dois dias e um período de 16 horas de descanso no terceiro dia. (alínea H da Especificação).

- *A ré pagava à autora um montante mensal composto por várias prestações, a título fixo e variável. (alínea I da Especificação).*
- *O montante pago pela ré à autora a título fixo foi de HKD\$10 desde 21/10/1991 até abril de 1995; e de HKD\$15 desde Maio de 1995 até Julho de 2002. (alínea J da Especificação).*
- *Desde a data em que a ré iniciou a actividade de exploração de jogos de fortuna e azar e até à data em que cessou essa actividade, por termo da Concessão de Exploração, que as gorjetas dadas cada um dos seus trabalhadores pelos seus clientes eram por si diariamente reunidas, contabilizadas e, em cada dez dias, distribuídas por todos os trabalhadores dos casinos que explorou, de acordo com a categoria profissional a que pertenciam. (alínea L da Especificação).*
- *Os dias de descanso que, ao longo da vigência da relação laboral, o autor gozou, não foram remunerados. (alínea M da*

Especificação).

- *A autora deu à luz uma filha em 16 de Agosto de 1999. (alínea N da Especificação).*

*

Da base instrutória:

- *A Autora não gozou de férias, nem de descanso semanal, nem feriados obrigatórios quando estava ao serviço da Ré até Outubro de 2000 e não beneficiou de qualquer acréscimo salarial (resposta ao quesito 2º, 3º, 4º, 5º e 6º).*
- *Ao chegar ao 6º mês de gravidez a ré ordenou à autora que parasse de trabalhar e fosse para casa. (resposta ao quesito 7º).*
- *Por isso a autora não trabalhou, nem auferiu qualquer salário durante o período de 180 dias. (resposta ao quesito 8º).*
- *A Autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$145.00 durante o ano de 1991 (cfr. fls. 18). (resposta ao quesito 10º).*
- *A Autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$160.00 durante o ano de 1992 (cfr. fls. 18). (resposta ao quesito 11º).*
- *A Autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$318.00 durante o ano de 1993 (cfr. fls. 18), (resposta ao quesito 12º).*

- *A Autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$359.00 durante o ano de 1994 (cfr. fls. 18). (resposta ao quesito 13°).*
- *A Autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$383.00 durante o ano de 1995 (cfr. fls. 18). (resposta ao quesito 14°).*
- *A Autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$443.00 durante o ano de 1996 (cfr. fls. 18). (resposta ao quesito 15°).*
- *A Autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$447.00 durante o ano de 1997 (cfr. fls. 18). (resposta ao quesito 16°).*
- *A Autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$418.00 durante o ano de 1998 (cfr. fls. 18). (resposta ao quesito 17°).*
- *A Autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$331.00 durante o ano de 1999 (cfr. fls. 18). (resposta ao quesito 18°).*
- *A Autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$363.00 durante o ano de 2000 (cfr. fls. 18). (resposta ao quesito 19°).*
- *A Autora auferiu o rendimento médio diário de MOP\$395.00 durante o ano de 2001 (cfr. fls. 18). (resposta ao quesito 20°).*
- *Por causa da sua situação profissional, a Autora estava cansada e com pouco tempo para passar em lazer com a sua família e amigos ou para ir passear. (resposta ao quesito 24° 25° e 26°).*
- *Provado o que consta da alínea J) dos Factos Assentes.*

(resposta ao quesito 31º).

- Provado o que consta da alínea L) dos Factos Assentes.

(resposta ao quesito 32º).

- Sobre as gorjetas, a Ré não pagou Imposto Complementar.

(resposta ao quesito 36;

- Quanto às gorjetas, a Autora sabia que o seu montante era variável e o seu rendimento está sujeito a essas flutuações.

(resposta ao quesito 37º, 38º e 39º).

- Na sequência do referido em C), a SJM iniciou um processo de apresentação de propostas para a contratação dos cerca de cinco mil trabalhadores anteriormente ao serviço da Ré.

(resposta ao quesito 41º).

- No ano de 2002 a Autora gozou de 64 dias de férias. (cfr. fls. 136)

(resposta ao quesito 46º)”; (cfr. fls. 462 a 461-v).

Concluindo as suas alegações de recurso afirma a recorrente que:

“I. Houve erro manifesto na apreciação da prova produzida em Audiência de Discussão e Julgamento, no que respeita aos quesitos 2º a 6º.

II. Para que fossem dados como provados os quesitos 2º a 6º,

deveriam ter sido juntos aos autos pela Recorrida todos os comprovativos dos pedidos indeferidos de dias de descanso que a Recorrente lhe entregou não se podendo argumentar que tal ónus cabia à Recorrente.

- III. Era à Recorrida, nos termos do art. 355º do CC - e não à Recorrente - que caberia apresentar prova - testemunhal, documental ou outra - de que não gozou dias de descanso e, a provar-se tal facto, quais os dias de descanso que não terá gozado.*
- IV. Apenas com a junção aos autos dos seus pedidos de descanso não autorizados, poderia o Mmº Juiz julgar em conformidade os quesitos 2º a 6º,.*
- V. Porque são diversas as consequências jurídicas estatuídas para o não gozo de dias de descanso e para a não remuneração de dias de descanso, não pode o juiz validamente concluir que, pelo facto da A. não ter gozado de dias de descanso remunerado, não terá em absoluto gozado de dias de descanso.*
- VI. Não tendo ficado provado quais os dias de descanso em que a Recorrida, efectivamente, trabalhou (se foi descanso anual,*

semanal ou feriados obrigatórios) e bem assim, se não gozou, quantos dias não gozou, afigura-se impossível proceder a uma condenação da Recorrente.

VII. Caso o entendimento do Tribunal a quo, tenha sido o de que o ónus da prova estava invertido, e que era a R. quem tinha a incumbência de provar que a A. terá gozado dias de descanso, deverá considerar-se nula a sentença por falta de fundamentação, porquanto a mesma não se refere a qualquer eventual inversão do ónus e não justifica a sede legal para tanto, pelo, nos termos do disposto na al. b) do n° 1 do art. 571 ° do Código de Processo Civil é nula a sentença.

VIII. Por outro lado, deve ser reapreciada a prova gravada na sua totalidade e bem assim, das testemunhas da Ré, aqui Recorrente, (B) e (C), dando-se, em consequência como provado que aos dias de descanso que foram, efectivamente, gozados não correspondeu qualquer remuneração, absolvendo-se a aqui Recorrente, do pedido.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

IX. O Tribunal a quo errou ao qualificar o contrato celebrado entre a Recorrente e a Recorrida como um puro contrato de

trabalho.

- X. O contrato celebrado deveria ter sido qualificado como um contrato misto dado que paralelamente à existência de um contrato de trabalho, verifica-se também existirem dois outros tipos contratuais, a saber, o contrato de sociedade e o contrato de prestação de serviços.*
- XI. As pretensões da Recorrida não assentam na violação dos termos contratuais acordados, mas antes, e exclusivamente, em disposições legais inaplicáveis in casu, porquanto incompatíveis com o clausulado por si expressa e integralmente aceite, não podem as mesmas proceder.*

Não se entendendo desta forma, deverá concluir-se:

- XII. O Tribunal a quo sempre deveria ter considerado o contrato em análise com um contrato atípico ou inominado, aplicando o respectivo regime.*
- XIII. Não obstante na génese do caso sub judice estar um contrato de trabalho, as suas cláusulas acessórias desvirtuam-no de tal forma que o pendor mais empresarial deste contrato acaba por assumir o papel preponderante;*
- XIV. Sendo o contrato predominante um contrato atípico ou*

inominado, o seu regime jurídico será determinado pelo clausulado acordado entre as partes e, perante uma lacuna, aplicar-se-ão à respectiva situação as regras previstas para a sua integração dispostas no artº 9º do CC;

XV. Assim, o peticionado pela Recorrida deveria ter sido considerado improcedente, porque não provado e, a final e em consequência, ter a Recorrente sido absolvida de todo o pedido.

Ainda que assim não se entenda:

XVI. O nº 1 do art. 5º do RJRT dispõe que o diploma não será aplicável perante condições de trabalho mais favoráveis que sejam observadas e praticadas entre empregador e trabalhador, esclarecendo o art. 60 deste diploma legal que os regimes convencionais prevalecerão sempre sobre o regime legal, se daqui resultarem condições de trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.

XVII. O facto da A. ter beneficiado de um generoso esquema de distribuição de gorjetas que lhe permitiu, ao longo de vários anos, auferir mensalmente rendimentos que numa situação normal nunca auferiria, justifica, de per se, a possibilidade

de derrogação do dispositivo que impõe ao empregador o dever de pagar um salário justo, pois caso a 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 Recorrida, a final, auferia durante os vários anos em que foi empregado da Recorrente.

XVIII. Não concluindo - e nem sequer se 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 sentença ora em crise.

Assim não se entendendo e ainda concluindo:

XIX. A aceitação do trabalhador de que aos dias de descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios não corresponde qualquer remuneração teria, forçosamente, de ser considerada como válida.

XX. Os artigos 24º e seguintes da Lei Básica consagram um conjunto de direitos fundamentais, assim como os artigos 67º

e seguintes do Código Civil consagram um conjunto de direitos de personalidade e, do seu elenco não constam os alegados direitos violados (dias de descanso anual e feriados obrigatórios).

XXI. Donde se conclui, que 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.

XXII. Donde, e por ter sido voluntária a prestação de trabalho em dias de descanso semanal, anual e em feriados obrigatórios (até Outubro de 2000), deveria o Tribunal ter considerado eficaz a renúncia ao gozo efectivo de tais direitos, absolvendo a aqui Recorrente do pedido.

Assim não se entendendo, e ainda concluindo:

XXIII. 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

Recorrida optou por ganhar mais, tendo direito à correspondente retribuição em singelo.

XXIV. In casu, não tendo a Recorrida sido impedida de gozar quaisquer dias de descanso anual, de descanso semanal ou quaisquer feriados obrigatórios, forçoso é concluir pela inexistência do dever de indemnização da STDM à Recorrida.

Ainda sem conceder, e ainda concluindo:

XXV. O trabalho prestado pela Recorrida em dias de descanso foi sempre remunerado em singelo.

XXVI. A remuneração já paga pela ora Recorrente à ora Recorrida por esses dias deve ser subtraída nas compensações devidas pelos dias de descanso a que a A. tinha direito nos termos do DecretoLei nº 32/90/M.

XXVII. Maxime, o trabalho prestado em dia de descanso semanal, para os trabalhadores que auferem salário diário, deve ser remunerado com um dia normal de trabalho vez (cfr. al. a) e b) do nº 6 do artº 17º do RJRT, tendo o Tribunal a quo descurado em absoluto essa questão.

XXVIII. A decisão recorrida enferma assim de ilegalidade, por errada

aplicação da al. b) do n.º 6 do art. 17.º e do artigo 26.º do RJRT, o que importa a revogação da parte da sentença que condenou a Recorrente ao pagamento relativo às compensações pelo não gozo dos dias de descanso semanal, anual e feriados obrigatórios, o que, expressamente, se requer.

Ainda concluindo:

XXIX. As gorjetas dos trabalhadores de casinos não são parte integrante do conceito de salário, e bem assim as gorjetas auferidas pelos trabalhadores da STDM.

XXX. 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.

XXXI. Também neste sentido se tem pronunciado a doutrina de uma forma pacificamente unânime.

XXXII. O ponto 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 do empregador.

XXXIII. Nas gratificações há um animus donandi, ao passo que a

retribuição consubstancia uma obrigatoriedade.

XXXIV. 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". É a própria norma que distingue, expressamente, gorjetas de salário.

XXXV. Qualifica Monteiro Fernandes expressamente as gorjetas dos trabalhadores da STDM 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 correspectividade dessa mesma prestação de trabalho.

XXXVI. Dessa forma, o cálculo da eventual indemnização só poderia levar em linha de conta o salário diário, excluindo-se as gorjetas.

Sem conceder, e ainda concluindo:

XXXVII. O Tribunal a quo deveria ter fixado equitativamente o valor de um salário justo, recorrendo os critérios de justiça, na esteira do que estatui o Código Civil e o RJRT.

XXXVIII. Na fixação do salário justo, deveria o Tribunal a quo ter como referência, o valor máximo de salário mensal para efeitos de cálculo da indemnização rescisória a pagar por uma entidade patronal a um qualquer trabalhador, por rescisão unilateral do contrato de trabalho, sem justa causa, por parte do empregador.

XXXIX. Computando as gorjetas no cálculo do salário, a Recorrida, de acordo com a sentença recorrida, terá direito a um montante de MOP 258,220.00 superior em MOP 90,220.00 ao valor máximo do montante indemnizatório em caso de rescisão sem justa causa, situação em que um trabalhador se poderá ver, de um dia para o outro, sem sustento, e sem que exista justa causa para tal, o que não foi, nem de perto nem de longe, o caso da Recorrida.

XL. Por todo o exposto, fez a decisão recorrida uma errada interpretação e aplicação dos artigos 1º, 5º, 6º, 25º e 26º do RJRT.

XLI. Acresce, por outro lado, que o critério utilizado pela decisão ora em crise aplicou, para efeitos de compensação a média de cada ano, e não - como se impunha, nos termos do nº 4 do

art. 26º do RJR T - a média dos últimos três meses da duração da relação contratual - (..) trabalho efectivamente prestado (...)".

XLII. Aplicando-se o referido preceito, à matéria de facto provada não é possível aferir-se qual a média diária dos últimos três meses da relação laboral.

XLIII. Pelo que, a fixação do montante indemnizatório - sem prejuízo do exposto supra e aqui sem conceder - apenas em sede de execução de sentença (nº 2 do art. 564º do CPC), poderá apurar-se o rendimento do ora Recorrida nos últimos três meses do ano de 2002, o que, desde já, expressamente se requer.

XLIV. Neste contexto, deveria o Mmº Juiz ter relegado, ao abrigo do disposto no nº 2 do art. 564º do CPC, a fixação do "quantum" indemnizatório para posterior liquidação em execução de sentença, o que desde já, expressamente, se requer, pelo que, também nesta parte, deve a sentença ser revogada, decidindo V. Exas. em conformidade.

XLV. Por outro lado, não ficou provado no julgamento - o que bem se pode ver da resposta aos quesitos - que a Recorrida

alguma vez tenha feito prova perante a Recorrente do seu estado de gravidez, nem que a Recorrida tenha pedido licença de maternidade; desta forma, forçosamente teria de ter ido considerado improcedente o pedido relativo à licença de maternidade, por falta de fundamento legal para o efeito.

XLVI. Errou, por isso, o Tribunal a quo, ao condenar a R. no pagamento à A., ora Recorrida, no pagamento de uma indemnização por licença de maternidade, termos em que se impõe a revogação da sentença também nesta parte, porque anulável, o que expressamente se requer a V. Exas..

XLVII. De igual modo, não deveria, a decisão recorrida, ter desconsiderado o facto de mais de 5,000, então colaboradores da ora Recorrente, já terem aceite as gorjetas como não fazendo parte do seu salário, o que, a confirmar-se a decisão recorrida, poderá criar nesses mesmos 5,000 colaboradores uma enorme instabilidade e quiçá, instabilidade social que, a final, apenas poderá afectar a economia da Região Administrativa Especial de Macau e a "Paz Social" já almejada.

XLVIII. Os Tribunais são também garantes da ordem e da paz social,

pelo que no exercício da sua actividade - máxime nas decisões que emitem - devem manter a preocupação de salvaguardar tanto a ordem como a paz social...”; (cfr. “novas conclusões” a fls. 697 a 707).

Atento o teor das atrás transcritas conclusões, verifica-se que as questões pela ora recorrente colocadas no âmbito do presente recurso são em grande parte idênticas às trazidas em sede de outros recursos recentemente decididos por esta Instância; (cfr., v.g., o Ac. de 26.01.2006, Proc. nº 255/2005; os de 23.02.2006, tirados nos Procs. nºs 296/2005, 297/2005 e 340/2005, de 02.03.2006, Proc. nº 234/2005 e de 09.03.2006, Proc. nº 257/2005).

Afigurando-se-nos ser de manter as posições assumidas quanto às questões então colocadas, e visto que, como se disse, são na sua quase totalidade idênticas às que em sede do presente recurso nos cabe decidir, passa-se pois a adoptar o mesmo entendimento e soluções a que se chegou nos supra referidos recursos.

Insurge-se a recorrente contra a decisão recorrida imputando-lhe os

vícios de “erro na apreciação da prova” e de “erra na interpretação e aplicação do direito”.

— Quanto ao primeiro, é de opinião que não podia o Colectivo “a quo” dar como provado que *“A autora não gozou férias, nem descanso semanal, nem feriados obrigatórios quando estava ao serviço da Ré até Outubro de 2000 e não beneficiou de qualquer acréscimo salarial”* (cfr., resposta aos quesitos 2º a 6º).

Afirma que tal matéria *“não resulta de nenhuma prova junta aos autos e produzida em sede de audiência de discussão e julgamento ...”*.

Ora, por nós, não vemos motivos para considerar que existe o apontado “erro na apreciação da prova”.

Como se sabe, verifica-se tal erro quando o Tribunal dá como provado facto que assim não resultou ou, inversamente, como não provado facto que devia considerar provado.

Na situação em apreço, e, não se tratando de facto cuja prova exigia

a produção de elementos probatórios de “especial valor” – como sucede (v.g.) com os factos apenas passíveis de prova por certos documentos – constata-se que com o imputado vício pretende apenas o recorrente fazer vingar a sua perspectiva em relação à prova produzida, afrontando assim o “princípio da livre apreciação das provas” que, como se sabe, vem expressamente previsto no artº 558º nº 1 do C.P.C.M..

Aliás, refira-se também que não deixou o Colectivo “a quo” de fundamentar adequadamente a sua convicção no acórdão onde deu como provado o atrás referido facto (cfr. fls. 403 a 407), sobre o mesmo nada tendo na altura a ora recorrente declarado ou requerido, nomeadamente, que o mesmo padecia de “deficiência, obscuridade ou contradições”; (cfr. fls. 408 a 410-v).

Posto isto, e sendo nós de opinião que inexistente o assacado erro, improcede o recurso na parte em questão.

— No que toca ao imputado “erro de direito”, começa a recorrente por afirmar que: o “contrato” que com a A. (recorrida) celebrou era um “contrato misto” – *“pois, paralelamente à existência de um contrato de*

trabalho, existem dois outros: o contrato de sociedade a que, em rigor, a entidade patronal é estranha - e o contrato de prestação de serviços” – e que caso assim não fosse de entender, sempre se deveria considerar o mesmo contrato como um “contrato atípico ou inominado”.

Sem quebra do muito respeito por opinião diversa, mostra-se-nos que nenhuma censura merece a decisão recorrida que qualificou a relação entre ora recorrente e recorrida havida como um “contrato de trabalho” (no sentido próprio do termo).

Não se olvida o esforço pela recorrente feito na apresentação de argumentos a favor da(s) sua(s) tese(s) e que doutamente desenvolveu, porém, face à factualidade dada como provada e que como se viu, é de manter, cremos que necessárias não são grandes elaborações para se chegar a supra consignada conclusão.

Vejamos.

Como sabido é, “contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou

manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta”; (cfr. artº 1152º do C.C. de 1966, hoje, artº 1079º, nº 1 do C.C.M.).

E, atenta a dita matéria de facto dada como provada, (nomeadamente, a elencada na alínea E) a I) da especificação), bem se vê que presentes estão todos elementos caracterizadores da referida relação como “contrato de trabalho”, a saber: a “prestação do trabalhador”, a “retribuição” e a “subordinação jurídica”.

Para além disto, provado não está o pela recorrente alegado no sentido de que para além do falado “contrato de trabalho”, existia um outro “contrato de sociedade” e de “prestação de serviços”, o mesmo sucedendo com as também alegadas “cláusulas acessórias” para que viável fosse a qualificação daquele como “contrato misto” ou como “contrato atípico” ou “inominado”.

— Assim, improcedendo também o recurso quanto às questões que supra ficaram tratadas, passa-se a ver se adequada foi a decisão de condenação da ora recorrente no pagamento de uma indemnização no montante (total) de MOP\$258,220.00.

Antes de mais, é de referir que não se acolhem os argumentos pela recorrente invocados no sentido de que (1º) 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” ao A. (recorrido) 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 o (2º) recorrido 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 o A. recorrido trabalhado nos mencionados dias de descanso e feriados não equivale a uma renúncia da sua parte em relação às respectivas compensações.

Daí, provado estando que não gozou o A. recorrido os referidos “descansos” e motivos não havendo para se dar por inexistente o “dever

de indemnização” da ora recorrente, apreciemos se correctos estão os montantes a que chegou o Tribunal “a quo”.

Ao dito montante total de MOP\$258,220.00 chegou-se através da soma das parcelas indemnizatórias de MOP\$181,239.00, MOP\$43,694.00, MOP\$21,702.00 e MOP\$11,585.00 arbitradas respectivamente a título de indemnização por trabalho prestado em período de descanso semanal, anual, feriados obrigatórios e licença de maternidade; (cfr. “quadro” elaborado a fls. 49 da sentença recorrida).

Atentos os montantes parcelares em causa, calculados com base no “salário médio diário” auferido pela A. nos anos de 1991 a 2001 e a que se reportam as respostas aos quesitos 10º a 18º (cfr. “matéria de facto” atrás transcrita), cabe desde logo 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.

De facto, tal entendimento mostra-se em perfeita sintonia com a factualidade dada como provada – vd. alínea I) da especificação e

respostas aos quesitos 37º – correspondendo também à posição já assumida por este T.S.I. nos acórdãos de 12.12.2002 (Proc. nº 123/2002) e de 30.04.2003 (Proc. nº 255/2002), onde no sumário deste último se consignou 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, é de se considerar que tais quantias (variáveis) integram o seu salário”.

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 por trabalho prestado em período de “descanso semanal”, o montante de MOP\$181,239.00 resultou da seguinte operação: “Salário médio diário × dias de trabalho efectuado em período de descanso semanal × 1”.

Se nenhuma censura merece a ponderação efectuada tendo como base as quantias consideradas “salário médio diário” e que constam das respostas aos quesitos 10º a 18º, assim como os que “dias de trabalho”

contabilizados, afigura-se-nos porém inadequado o “factor de multiplicação 1”.

De facto, e como já decidiu este T.S.I. nos seus recentes Acórdãos tirados nos autos de recurso atrás referidos, e atento ao teor do artigo 17º, nº 1 do D.L. nº 24/89/M e ao preceituando no seu nº 6, al. a), onde se preceitua que o trabalho prestado em dia de descanso semanal deve ser pago “pelo dobro da retribuição normal”, não se vislumbram motivos para não se compensar cada dia de trabalho prestado em dia de descanso semanal com o “dobro do salário médio diário”.

Resulta assim o seguinte mapa:

DESCANSO SEMANAL

Ano	Dias de descanso vencidos e não gozados (A)	Salário médio diário (B)	Montante da indemnização (A x B x 2)
1991	10	\$145.00	\$2,900.00
1992	52	\$160.00	\$16,640.00
1993	52	\$318.00	\$33,072.00
1994	52	\$359.00	\$37,336.00

1995	52	\$383.00	\$39,832.00
1996	52	\$443.00	\$46,072.00
1997	52	\$447.00	\$46,488.00
1998	52	\$418.00	\$43,472.00
1999	52	\$331.00	\$34,424.00
2000	44	\$395.00	\$34,760.00
Total →			MOP\$334,996.00

— Quanto à compensação por trabalho prestado em período de “descanso anual”, e sendo de se manter os valores do “salário médio diário” atrás referidos, importa ponderar que tais dias de descanso, legalmente previstos de 6 por ano, eram compensados, com o “triplo da retribuição normal”, (cfr. artº 24º) do D.L. nº 24/89/M).

Considerando o decidido no referido acórdão deste T.S.I. de 26.01.2006 onde se entendeu que tal “factor de multiplicação” deveria ser reduzido para o “dobro da retribuição” por analogia à situação prevista para os dias de descanso semanal, pois que provado não ficou que foi o trabalhador impedido de gozar tais dias de descanso anual, e acompanhando-se aqui o assim decidido, chega-se ao seguinte mapa:

DESCANSO ANUAL

(Decreto-Lei nº 24/89/M: trabalho efectuado no período de
21.10.91 a 31.12.98)

Ano	Dias de descanso vencidos mas não gozados (A)	Salário médio diário (B)	Montante da indemnização (A x B x 2)
1992	1	\$160.00	\$320.00
1993	6	\$318.00	\$3,816.00
1994	6	\$359.00	\$4,308.00
1995	6	\$383.00	\$4,596.00
1996	6	\$443.00	\$5,316.00
1997	6	\$447.00	\$5,364.00
1998	6	\$418.00	\$5,016.00
1999	6	\$331.00	\$3,972.00
Total →			MOP\$32,708.00

— Vejamos agora da indemnização pelo trabalho prestado em dias de “feriado obrigatório”.

No já referido veredicto deste T.S.I., entendeu-se que no seu trabalho prestado em tais feriados, se devia compensar com o “triplo da retribuição normal”.

Adoptando-se aqui tal entendimento, e atenta a matéria de facto dada como provada, chega-se ao mapa seguinte:

FERIADOS OBRIGATÓRIOS
(desde 22.01.1992 a 10.2000)

Ano	Dias de feriados vencidos e não gozados (A)	Salário médio diário (B)	Montante da indenização (A x B x 3)
1992	5	\$160.00	\$2,400.00
1993	6	\$318.00	\$5,724.00
1994	6	\$359.00	\$6,462.00
1995	6	\$383.00	\$6,894.00
1996	6	\$443.00	\$7,974.00
1997	6	\$447.00	\$8,046.00
1998	6	\$418.00	\$7,524.00
1999	6	\$331.00	\$5,958.00
2000	6	\$395.00	\$7,110.00
Total →			MOP\$58,092.00

Todavia, atento a que a própria A. no pedido que formulou apenas peticionou que os feriados em causa fossem compensados pelo “dobro da retribuição normal”, sempre seria de se compensar os mesmos feriados

com o montante total de MOP\$38,728.00.

Atentos os montantes indemnizatórios a que se chegou, e constatando-se que apenas no que respeita à parcela de indemnização pelo trabalho prestado em dias de descanso anual, num total de MOP\$32,708.00, se verifica uma diminuição em relação ao que decidido foi pela sentença recorrida (MOP\$43,694.00), impõe-se, nesta parte, reconhecer razão à R. ora recorrente, sendo porém de se manter os restantes montantes, pois que, não tendo a A. recorrido da decisão proferida, tem este Tribunal que respeitar o princípio do dispositivo, viável não sendo a alteração da decisão em prejuízo da recorrente dos presentes autos.

Nesta conformidade, confirmam-se os montantes indemnizatórios fixados a título de trabalho prestado em dia de descanso semanal e em dia de feriado obrigatório, (respectivamente de MOP\$181,239.00 e MOP\$21,702.00), alterando-se o “quantum” da indemnização por trabalho prestado em dia de descanso anual de MOP\$43,694.00 para MOP\$32,708.00.

— Quanto ao “salário pelo período de gravidez”.

Afirma a recorrente que “não ficou provado que a recorrida tenha feita prova do seu estado de gravidez”, que o que se provou foi que a mesma “gozou efectivamente de licença de parto, ainda que não remunerada” e ainda que provado também não ficou que “terá solicitado o gozo da licença”, assim considerando que na parte em questão se devia ter julgado improcedente o pedido.

Não nos parece que lhe assista razão, pois que provado está:

- que “*A autora deu à luz uma filha em 16 de Agosto de 1999. (alínea N da Especificação)*”;
- que “*Ao chegar ao 6º mês de gravidez a ré ordenou à autora que parasse de trabalhar e fosse para casa. (resposta ao quesito 7º)*”; e,
- que “*Por isso a autora não trabalhou, nem auferiu qualquer salário durante o período de 180 dias. (resposta ao quesito 8º)*”.

Face à supra transcrita factualidade, afigura-se-nos que nenhuma

censura merece o segmento decisório agora em causa e com o qual, ponderando-se no estatuído no artº 37º do D.L. nº 24/89/M, se condenou a ora recorrente a pagar à A. o montante de MOP\$11,585.00 a título de remuneração a que a mesma A. teria direito a receber pelos “35 dias de licença por ocasião do parto com garantia do posto de trabalho e sem perda do salário”, tal como previsto está no citado artº 37º.

De facto, provado está que a A. deu à luz uma filha em 16.08.1999, e que no período de 180 dias que esteve em casa por causa da gravidez e por determinação da R. não auferiu qualquer salário; (irrelevante nos parecendo assim que provado esteja ou não que solicitou o gozo da referida licença de maternidade).

Assim, nesta parte, confirma-se o decidido.

Decisão

5. Nos termos e fundamentos expostos, em conferência, acordam conceder parcial provimento ao recurso.

Custas pela recorrente e recorrida nas proporções dos seus decaimentos.

Macau, aos 16 de Março de 2006

José Maria Dias Azedo (Relator) – dando aqui como reproduzida a 1ª parte da declaração de voto que apensei ao Acórdão de 02/03/2006, Proc. n.º 234/2005.

Chan Kuong Seng

Lai Kin Hong